T DE JURISPRUD.
St-Jacques
UST. MONTREAL.

ASSEMBLÉE NATIONALE
DU QUÉBEC
Don de la Direction de la
Bibliothèque

29312

178
4

TRAITÉ DE LA PREUVE *PAR TEMOINS* EN MATIERE CIVILE,

CONTENANT

Le Commentaire latin & françois de M. JEAN BOICEAU, Sieur de la Borderie, Avocat au Préſidial de Poitiers, ſur l'Article LIV de l'Ordonnance de Moulins;

AVEC

Pluſieurs nouvelles Queſtions tirées des plus célébres Juriſconſultes, & décidées par les Arrêts des Cours ſouveraines;

Et des Obſervations ſur l'Article LV de l'Ordonnance de Moulins, & ſur le Titre XX de l'Ordonnance de 1667;

Le tout conféré avec l'Edit perpétuel des Archiducs, les Ordonnances, Statuts & Coutumes de Milan, de Bologne-la-Graſſe, de Naples, de Portugal, & des autres Pays qui ont rapport à l'uſage du Droit François ſur cette matiere; avec le Traité de la Preuve par Comparaiſon d'Ecritures, de M. LE VAYER.

Par M. DANTY, Avocat au Parlement.

SIXIEME ÉDITION,

Conſidérablement augmentée;

*Par M. *** Avocat au Parlement.*

Prix douze livres.

A PARIS,
Chez DELALAIN, Libraire, rue & à côté de la Comédie Françoiſe.

M DCC LXIX.
AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.

BIBLIOTHÈQUE DROIT UNIVERSITAIRE

A MONSIEUR

SAVALETTE DE MAGNANVILLE,

ANCIEN INTENDANT DE TOURS,

Maître des Requêtes Honoraire, Conseiller du Roi en ses Conseils, & Garde de son Trésor.

MONSIEUR,

QUOI de plus propre à concilier à mon travail la faveur & l'indulgence du Public, que de lui en présenter le fruit sous vos auspices, & de lui faire lire à la tête de cet ouvrage un nom depuis longtems en possession de son estime & de sa confiance ? Il m'est doux de joindre mon hommage à celui de cette grande Province, dont le bonheur & la joie, tant que vous fûtes à sa tête, & la douleur quand elle eut le malheur de vous perdre, vous sont de sûrs garans que votre mémoire lui sera toujours

chere. Je ne parlerai ni de vos vertus ni de vos talens. Le tribut, que je ſerois obligé de payer à la vérité, bleſſeroit votre modeſtie. Mais j'oſerai vous demander, comme une véritable récompenſe de mon travail, & comme le plus grand avantage que j'en puiſſe retirer, la permiſſion de vous l'offrir.

Daignez conſidérer moins la choſe qui vous eſt préſentée, que le ſentiment qui vous la préſente; & donnez-moi cette occaſion flatteuſe de vous prouver le ſincere attachement avec lequel je ſuis,

MONSIEUR,

Votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur ***

AVERTIS-

AVERTISSEMENT DE L'ANNOTATEUR.

QUOIQUE le Traité de la Preuve par Témoins en matiere civile, que nous remettons aujourd'hui sous les yeux du public, soit l'ouvrage de deux habiles auteurs, & qu'il contienne la discussion de presque toutes les questions qu'on peut élever sur la matiere, néanmoins nous avons cru pouvoir, sans témérité, essayer d'y mettre la main une troisieme fois. De nouveaux arrêts, très-propres à éclaircir la matiere, ou formant une nouvelle jurisprudence; les avis de quelques jurisconsultes qui ont cru, par de bonnes raisons, devoir prendre un parti contraire à celui de nos deux auteurs; des cas oubliés, ou traités avec peu d'ordre & de clarté, tout cela nous a paru pouvoir donner lieu à des notes intéressantes.

Un des jurisconsultes, des lumieres duquel nous avons le plus profité, est l'auteur du Nouveau Traité des Obligations, qui est si justement en possession de l'estime du barreau, par la profondeur de ses connoissances & la sagesse de ses décisions. Il a eu occasion, dans cet ouvrage, de traiter plusieurs des questions agitées dans le Traité de la Preuve par Témoins; & nous avons cru qu'on ne seroit pas fâché de trouver ici son sentiment rapproché de celui de Boiceau & de Danty. Nous n'avons pas craint le plus souvent de le copier; car il joint à la netteté, à la précision, & à la justesse de ses idées, le mérite d'une élocution pure sans être recherchée, simple sans bassesse, mâle sans rudesse, aisée sans être diffuse, concise sans obscurité; ensorte que c'est évidemment courir le risque d'énerver sa pensée, ou de la défigurer, que de vouloir substituer d'autres expressions aux siennes.

Nous voudrions pouvoir rendre le même témoignage de l'ouvrage que nous présentons au public; mais nous sommes obligés de convenir qu'il manque d'ordre & de méthode. Ni l'un ni l'autre auteur n'a sçu se former un plan de sa matiere, en présenter les principes suivant leur filiation, les distinguer des conséquences, descendre des uns aux autres, & envisager le tout avec ce coup d'œil philosophique qui saisit son objet avec sagacité, embrasse toutes les parties à la fois pour connoître leurs rapports, & les prend ensuite séparément les unes des autres pour apprécier leurs différences, & avoir un juste résultat de l'ensemble. On les voit se livrer au détail de toutes les especes qui peuvent se présenter, au lieu de fixer les régles en peu de mots; s'étendre en de longues dissertations qui n'auroient pas même eu lieu, s'ils avoient suivi la route qu'ils devoient tenir: quelquefois même ils s'égarent sur des sujets qui leur sont totalement étrangers. Nous suppléérons à ce défaut, en donnant à la fin de cet Avertissement une idée générale des principes de la matiere.

Cela n'empêche pas, au reste, qu'il n'y ait dans ce Traité d'excellentes choses; qu'il ne s'y trouve une multitude de décisions judicieuses, & qu'on ne doive reconnoître, sur-tout dans Danty, une vaste érudition,

& des connoiſſances très-étendues dans la juriſprudence. Le défaut que nous lui reprochons, n'eſt que trop ordinaire, même à des gens de très-grand mérite. L'ordre & la méthode, remarque ſenſément un auteur moderne, ſont une des plus grandes difficultés de l'art d'écrire. Des perſonnes d'ailleurs de beaucoup d'eſprit en ſont ſouvent incapables, par pareſſe, par trop de vivacité, ou même faute d'une certaine étendue d'eſprit. On peut avoir l'eſprit pénétrant & fécond, capable de produire ſucceſſivement de bonnes penſées, ſans l'avoir aſſez étendu pour enviſager enſemble, & comme d'un coup d'œil, toutes ces penſées; ce qui eſt néanmoins néceſſaire pour leur donner un arrangement convenable, & en conſtruire un édifice régulier. Cet arrangement demande ordinairement beaucoup de travail, & un travail dur & opiniâtre. Il faut continuellement entrer en compte avec ſoi-même, impoſer un frein à la vivacité de l'imagination pour faire place au phlegme du jugement; retrancher ſévérement des idées même très-juſtes & très-bien conçues, mais qui ſe trouvent hors de leur place, & qui ne ſont pas amenées par la ſuite du raiſonnement: tout le monde n'a pas un pareil courage. Les eſprits vifs en ſont encore moins ſuſceptibles que d'autres; un faux brillant les ſéduit, le feu de l'imagination les entraîne par un penchant invincible.*

* Trublet, Eſſais de Litt. liv. 1, §. 1.

Cependant la méthode eſt la ſeule voie capable de réuſſir, toutes les fois qu'il s'agit de la recherche de la vérité: ce n'eſt que par un raiſonnement ſuivi, qu'on arrive juſqu'à elle, & avec le fil d'une bonne logique, qu'on vient à bout de ſe démêler du dédale tortueux dont elle eſt ſouvent enveloppée. Il y a ſi peu de diſtance d'elle à l'erreur, quoique la différence entre l'une & l'autre ſoit infinie, qu'il faut, pour ne pas s'y méprendre, apporter l'attention la plus ſcrupuleuſe & la mieux ſoutenue, ne faire aucun pas, que la ſonde & le compas à la main.

*Pour cela, on ne devroit jamais perdre de vue ces régles qui nous ont été données par le célébre Deſcartes, cet habile philoſophe, qui, comme dit ingénieuſement La Fontaine, tient le milieu entre Dieu & l'homme, & qui a ſçu s'ouvrir une carriere qui étoit inconnue avant lui. Il réduit à quatre les préceptes de ſa logique**.*

** Méthode de Deſc. liv. 1.

Le premier eſt de ne recevoir jamais aucune choſe pour vraie, qu'on ne la connoiſſe évidemment être telle, c'eſt-à-dire d'éviter ſoigneuſement la précipitation & la prévention, & de ne jamais comprendre en ſes jugemens, que ce qui ſe préſente ſi clairement & ſi diſtinctement à l'eſprit, qu'on n'ait aucune occaſion de le mettre en doute;

Le ſecond, de diviſer chacune des difficultés qu'on examine, en autant de parcelles qu'il ſe peut, & qu'il eſt requis, pour les mieux réſoudre;

Le troiſieme, de conduire par ordre ſes penſées, en commençant par les objets les plus ſimples & les plus aiſés à connoître pour monter peu-à-peu, comme par degrés, juſqu'à la connoiſſance des plus compoſés, & ſuppoſant même de l'ordre entre ceux qui ne ſe précedent pas les uns les autres;

Et le dernier, de faire par-tout des dénombremens ſi entiers, & des revues ſi générales, qu'on ſoit aſſuré de ne rien omettre. C'eſt avec cette excellente méthode qu'il a briſé les chaînes des préjugés ſous leſquels ſes

concitoyens étoient asservis depuis tant de siécles, & qu'il a fait taire tout l'univers en sa présence. Un succès, sinon aussi brillant & aussi étendu, du moins aussi réel, attend nécessairement tous ceux qui mettront en usage la même maniere de procéder.

Mais, s'il est une science pour laquelle il soit essentiel de régler toutes ses idées, afin de tâcher de n'en avoir que de justes; de n'écouter la voix que de la saine raison, afin de prononcer d'après elle; de se faire des principes sûrs & invariables pour ne s'en écarter jamais, c'est sans doute la jurisprudence où les moindres écarts peuvent être d'une si grande conséquence. Le jurisconsulte, dans le tribunal privé de son cabinet; le magistrat siégeant sur les fleurs-de-lys, ont entre leurs mains la fortune & la vie des particuliers. Quelle prudence & quel discernement ne leur faut-il pas pour dévoiler les artifices de l'imposture! Quelle pénétration pour percer le nuage dont le mensonge a soin d'obscurcir la vérité! Quelle subtilité! quelle précision dans le raisonnement pour triompher des sophismes dont la chicane est toujours armée, & la poursuivre dans les faux-fuyans qui lui servent de retranchemens! Quelle sagacité pour résoudre les difficultés que certaines questions obscures & abstraites présentent d'elles-mêmes! Ils surmonteront tous ces obstacles, en suivant la route que nous venons de leur tracer; & ils seront eux-mêmes étonnés de voir avec quelle facilité elle s'applanira sous leurs pas.

Il faut convenir néanmoins que ce travail a ses épines; qu'il est pénible, comme nous disions, il n'y a qu'un moment; qu'il pourra paroître dur de resserrer son esprit dans des entraves continuelles, plutôt que de lui laisser, comme fait le reste des hommes, la liberté d'errer par une pente facile au gré de ses idées. Mais que l'on est bientôt dédommagé de cette gêne par la récompense qui y est toujours attachée; je veux parler de cette douce satisfaction que la vérité porte par sa présence dans l'ame à laquelle elle se manifeste, de ces délices pures qu'on goûte dans sa contemplation! Notre esprit a ses besoins encore plus que notre corps. Fait pour connoître & pour penser, la vérité seule est capable de le remplir & de le contenter: tout ce qui n'est pas elle, laisse chez lui un vuide affreux, un trouble continuel; de-là vient que ceux qui font profession d'être livrés tout entiers à leur corps, & aux plaisirs des sens, lors même qu'il paroissent avoir satisfait tous leurs penchans, éprouvent encore au milieu d'eux, des desirs qu'ils ne sçauroient expliquer, & que ceux dont la principale occupation est de réfléchir, sont dans l'inquiétude & l'agitation, tant que l'objet de leurs recherches est caché pour eux. Mais, si-tôt que ses rayons viennent à se faire sentir, leur ame s'ouvre pour les recevoir; elle s'en pénetre, & s'en imbibe, pour ainsi dire; & il n'est pas de jouissance qui approche de celle-là. Les plaisirs sensuels ayant pour principe la commotion des organes dont le ressort se détend facilement, & l'impression des corps étrangers qui s'alterent & qui finissent, leur charme cesse bien vîte: ceux-ci, au contraire, sont toujours nouveaux, & toujours également vifs, parce qu'ils ont leur siége dans une substance simple, & dont

la nature eſt invariable, & que leur fin eſt un objet qui n'eſt ſujet à aucune augmentation ni diminution. La maniere dont les uns & les autres ſe font ſentir, eſt auſſi très-différente. Dans les premiers, c'eſt une émotion violente qui trouble la raiſon, & ôte le ſentiment ; tranſporte ſans cauſer de véritable joie ; remplit ſans ſatisfaire : leur vivacité eſt une pointe qui s'émouſſe, leur repos un abbatement ; le contentement qu'ils procurent une ſatiété ; & leurs douceurs ſont ſouvent accompagnées d'amertume, & preſque toujours ſuivies de regrets. Dans les ſeconds, c'eſt un calme & une tranquillité qui permet de jouir de ſon état, & de le goûter ; c'eſt un bien-être inaltérable & ſans viſſicitude ; une volupté douce qui ſe nourrit & s'entretient par la vue & la contemplation de ſon objet ; une véritable félicité qui impoſe ſilence aux ſens, tandis qu'elle ravit & l'eſprit & le cœur ; & les charmes de cette félicité ſont ſi puiſſans, que ceux qui l'éprouvent, deviennent inſenſibles pour tout le reſte, & lui ſacrifient ſans difficulté ce que tant de perſonnes regardent comme des biens. Sans parler de ces traits mémorables que l'Hiſtoire nous a conſervés, de ce philoſophe qui alla juſqu'à ſe crever les yeux, pour n'être point diſtrait par les objets extérieurs, de celui qui jetta dans la mer ſes richeſſes, & de tous les autres qui quitterent leur patrie & renoncerent aux dignités qu'ils pouvoient y attendre, pour aller chercher au loin l'étude de la ſageſſe ; nous avons vu de nos jours le grand homme que nous avons déja cité, s'arracher à des ſociétés brillantes dont il faiſoit l'ornement & les délices, quitter un pays plein d'agremens, & renoncer aux grands avantages que ſa naiſſance & ſa fortune pouvoient lui faire eſpérer, & aller s'enſevelir dans une retraite au fonds de la Hollande pour vaquer plus librement à l'étude ; une grande reine dont il étoit contemporain, & qui avoit été curieuſe de le voir & de l'entendre, animée du même eſprit, deſcendre du thrône, & ſe confondre avec les ſçavans : combien n'en voyons-nous pas tous les jours, dans toutes les ſciences & dans toutes les conditions, céder au même penchant, & rompre tous les engagemens qui pourroient les en détourner !

Il eſt même des profeſſions qui ſemblent exiger cette diſpoſition d'une maniere plus particuliere. Celle, par exemple, qui a pour but la connoiſſance des loix, demande l'application toute entiere de ceux qui l'ont embraſſée : leur tems partagé entre une étude dont l'étendue eſt immenſe, & les travaux de leur état, leur laiſſe peu de momens de loiſir. Une partie de leur vie ſe paſſe à acquerir la ſcience qui leur eſt néceſſaire, l'autre partie à l'employer pour l'utilité & les intérêts de leur concitoyens. Il faut qu'ils menent une vie retirée, & qu'ils renoncent aux divertiſſemens les plus innocens ; mais dans le ſein même de leurs pénibles occupations, ils trouvent, pour leur en alléger le fardeau, cette joie & cette douceur intérieure, qui fait le véritable ſel des plaiſirs. Il eſt vrai qu'on n'en a pas ordinairement cette idée dans le monde : on eſt perſuadé que cette ſcience n'offre que ſéchereſſe & que dégoût, & ce préjugé en détourne bien des gens qui avoient tout ce qu'il faut pour y réuſſir. Mais quoi ! ſi la juriſprudence a des épines, comme nous n'en diſconviendrons pas,

*les autres ſciences n'ont-elle pas les leurs? Les abſtractions de la métaphyſique ſont-elles à la portée de tout le monde? Les calculs de la géométrie ont-ils, au premier abord, un coup d'œil plus engageant? L'ordre phyſique du monde attire avec raiſon notre admiration: les loix qui le gouvernent, nous ſurprennent par leur ſageſſe; amuſent notre curioſité par leur variété; nous affectent par le rapport qu'elles ont à nous. Mais l'ordre moral & politique n'a-t-il pas également ſes phénomenes? Les loix qui régiſſent les nations, les peuples & les particuliers, méritent-elles moins notre attention? ou ſont-elles moins capables de nous intéreſſer? Nont-elles pas leur variété dont les cauſes ſont même plus à portée de nous, & plus ſuſceptibles de nos réflexions? Le phyſicien étend ſes regards ſur les trois régnes de la nature, & ſur tous les êtres qu'ils contiennent: il parcourt leurs différentes claſſes; deſcend juſqu'aux moindres eſpeces; examine toutes leurs propriétés, & leurs rapports, tant généraux que particuliers. Le légiſte a devant lui toutes les contrées, tous les états & les peuples qui les habitent, tant du tems préſent que des ſiécles les plus reculés. Il deſcend juſque dans le ſein des familles: il recherche; il peſe les mœurs, les uſages, les devoirs: il ſeroit difficile de dire lequel des deux a un ſpectacle plus noble & plus agréable; il y a cependant cette différence entr'eux, que le phyſicien n'eſt jamais que ſpectateur: mais le légiſte peut être acteur, & quelquefois acteur principal. Ses conſeils, ou ſes déciſions, influent ſouvent dans les mouvemens de cet autre univers. Quelle douceur! quelle conſolation pour lui, ſi, né avec un cœur génereux, ami de la vertu, & enclin à l'humanité, il peut ſe rendre témoignage qu'il a mis la paix dans les familles; fixé à chacun ce qui lui appartient; confondu l'injuſte & le raviſſeur; défendu l'innocent; qu'il a indiqué à des ames égarées, ou mal inſtruites, les ſentiers de l'honneur, de la probité & de la vertu, & qu'il les a aidées à y entrer! Se peut-il un bonheur & plus réel & plus ſolide? Auſſi M. Levayer qui avoit fréquenté le barreau, & exercé la profeſſion d'avocat pendant plus de vingt ans, avec beaucoup de gloire & de ſuccès dans les plus grandes cauſes, quoique ſa naiſſance * & la fortune conſidérable que ſa femme lui apporta, joints à ſes grands talens, dut le faire aſpirer aux places les plus brillantes, n'ayant abandonné ce noble exercice, à la ſollicitation de M. Colbert, que pour remplir au conſeil les commiſſions les plus importantes, ne fit-il pas difficulté d'avouer à Bretonnier, qui le rapporte dans ſes Obſervations ſur le ſecond Plaidoyé d'Henrys, qu'il s'étoit toujours repenti de l'avoir quittée.*

* Il étoit fils de René le Vayer, conſeiller d'état, premier intendant d'Artois, & pays conquis.

C'eſt à ce grand homme que nous ſommes redevables, entr'autres, de deux excellens Traités; l'un qui fut compoſé dans le tems des démêlés de la cour de France avec celle de Rome, & qui a pour titre, Traité de l'autorité des Rois, touchant l'adminiſtration de l'Egliſe. *Son but eſt d'éclaircir la matiere délicate du droit de la régale. L'autre fut compoſé pour la défenſe du célébre M. Fouquet, & a pour titre,* Traité de la Preuve par comparaiſon d'écritures. *Il s'eſt toujours imprimé à la fin du Traité de la Preuve par Témoins de Danty; & nous avons*

cru devoir l'y conſerver avec d'autant plus de raiſon, qu'il ne peut que lui ſervir d'ornement, & lui donner plus de prix. On y reconnoîtra cet ordre, cette marche réguliere, cette diſtinction, cette progreſſion d'idées que nous avons tant recommandées. Nous nous ſommes permis de le diſtinguer de différens chiffres, & de le faire précéder de ſommaires qui, d'un ſeul coup d'œil, font voir tout ce qui y eſt contenu : cela pourra être de quelque utilité à ceux qui voudroient ſe remettre devant les yeux le plan de l'ouvrage, ou qui n'auroient beſoin que de quelques-unes des propoſitions qui y ſont détaillées. Reſte à ſatisfaire à l'engagement que nous avons pris, & à donner une idée générale des principes ſur la preuve par témoins.

PRINCIPES GENERAUX

DE L'ADMISSION DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

Des Diſpoſitions de l'Article LIV de l'Ordonnance de Moulins, & des Articles II & III du titre 20 de celle de 1767, on peut tirer pluſieurs principes qui réglent toute la matiere.

Premier Principe.

Celui qui a pu ſe procurer une preuve littérale n'eſt pas admis non plus que ceux qui ſont à ſes droits, à faire preuve teſtimoniale, lorſque la choſe excede cent livres.

C'EST par ce principe que ſe décident les queſtions élevées dans le chap. 3 de la premiere partie, au ſujet du dépôt volontaire que l'ordonnance, par une clauſe particuliere, aſſujettit à la preuve littérale ; le chap. 4, ſur les promeſſes de mariage ; celles du chap. 6, ſur les conventions matrimoniales, lorſqu'elles excedent cent livres ; la queſtion de ſéparation de biens entre conjoints dans les Coutumes qui admettent la communauté, ib. *n.* 51 ; *celle qui a pour objet les ſociétés, dans les Coutumes qui n'admettent pas les ſociétés tacites, n.* 52 *& ſuiv. celle du chap.* 9, *touchant les marchés faits durant les foires ; celle du chap.* 10, *touchant les actes de procédure ; celle du chap.* 12, *concernant les pouvoirs des procureurs, & leur révocation ; celle du chap.* 14, *concernant le bail qui ne peut ſe prouver que par écrit.* ib. *n.* 13, *Des demandes que fait une perſonne en juſtice pour cauſes ſéparées, & par un même exploit, ſi toutes enſemble elles excedent cent livres, quoiqu'elles viennent de différentes cauſes : l'ordonnance en a même refuſé la preuve par témoins, par une diſpoſition expreſſe. On doit toujours décider par le même principe la queſtion de l'art* 14 : *Si on peut reſtreindre en cauſe d'appel la demande portée en cauſe principale au-deſſus de cent livres ; ainſi que celle de l'article* 25, *au ſujet de la preſtation annuelle dont la preuve teſtimoniale ne doit pas être admiſe, le créancier ayant pu s'en procurer une par écrit par*

des contre-quittances, ou des quittances par-devant notaires ? Celles du chap. 16, *des teſtamens, codicilles & donations, même de ceux faits dans des cas preſſans, comme dans des tems de guerre ou de peſte : ce qui eſt d'ailleurs décidé par l'ordonnance des teſtamens de* 1535 ; *celles du chap.* 17, *des droits ſeigneuriaux, article* 11 *& ſuivans ; des deſtinations du pere de famille, art.* 22 *& ſuivans ; de la qualité de noble, art.* 49 *& ſuivans. On doit ſuivre auſſi, pour l'ordinaire, le même principe au ſujet du prêt à uſage, traité à l'art.* 5 *du chapitre* 7 *de la ſeconde partie, ſuivant l'avis de l'auteur du Traité des Oblig. tom.* 2, *part.* 4, *chap.* 2, *art.* 2, *n.* 752, *quoique peut-être dans certains cas, comme dans celui propoſé par Danty ; on puiſſe ſe relâcher de ſa rigueur. La même déciſion doit avoir lieu, par les mêmes raiſons, pour les quittances dont il eſt parlé au chap.* 11 *de la ſeconde partie ; enfin, dans tous les cas où l'ordonnance exige la preuve par les regiſtres, comme baptêmes, mariages, ſépultures, profeſſion, ainſi qu'il eſt prouvé au chap.* 4 *de la premiere partie, & au dernier chapitre de cet ouvrage, avec les modérations que nous y avons apportées dans certains cas.*

Ce principe admet cependant des exceptions.

La premiere eſt, lorſqu'il y a un commencement de preuve par écrit de la choſe que l'on prétend prouver ; alors on peut être admis à la preuve teſtimoniale pour completter la preuve ; c'eſt ce qui eſt décidé par l'art. 3 *du titre* 20 *de l'ordonnance de* 1667. *Que doit-on entendre par un commencement de preuve par écrit ? On le trouvera developpé dans le chapitre* 8 *de la premiere partie, & plus au long dans le chap.* 1 *de la ſeconde.*

La ſeconde eſt dans le cas de certains pactes tacites, tels que ceux dont il eſt parlé au chapitre 13 *de la premiere partie, & au chap.* 11, *n.* 11 *de la ſeconde partie, & dans le cas des obligations contractées en la maniere du chap.* 9 *de la ſeconde partie.*

La troiſieme eſt en faveur des juriſdictions conſulaires que l'art. 2 *du titre de l'ordonnance, déja cité, déclare n'être pas aſtreintes à la rigueur de ſa diſpoſition ; c'eſt ce qu'on examine au n.* 18 *des obſervations générales, & qui doit ſervir de régle pour les queſtions du chap.* 9 *de la premiere partie, au ſujet des marchés faits durant les foires, & du chap.* 8 *de la ſeconde partie des livres des marchands.*

SECOND PRINCIPE.

La preuve teſtimoniale n'eſt pas admiſe contre un écrit, ni outre ce qui y eſt contenu.

Raiſon de déciſion pour les art. 90 & 91, *& pour la note ſur l'art.* 94 *du chap.* 7 *de la premiere partie, où il eſt dit que même le notaire & les témoins ne peuvent être entendus pour l'explication de l'acte ; pour l'article* 9 *du chap.* 9, *où il eſt queſtion de ſçavoir ſi on peut être admis à la preuve teſtimoniale de la date d'une obligation ; pour l'art.* 8 *du chap.* 3 *de la ſeconde partie, où il s'agit d'un créancier qui prétend avoir donné*

quittance de plus grande ſomme que celle qu'il a reçue ; la preuve teſtimoniale ne peut être reçue à ce ſujet : non plus que dans le cas de l'art. 9 *du même chapitre, où il s'agit de faire voir que la cauſe légitime, exprimée dans l'obligation, n'eſt pas celle qui lui a donné lieu, & qu'elle en a une illégitime ; ainſi que dans celui de l'art.* 5 *du chap.* 4, *où le débiteur a paſſé une obligation, au profit d'un créancier abſent, d'une ſomme moindre que celle qu'il lui doit effectivement ; ou de l'article ſuivant pour prouver ce qui eſt contenu dans une apoſtille, ou renvoi non ſigné des parties. La même preuve doit auſſi être refuſée pour le prêt civil dont il eſt queſtion au ch.* 7. *Enfin pour le chapitre* 11 *qui traite des quittances, & qui examine ſi elles ſont néceſſaires pour juſtifier du payement, lorſqu'il y a une obligation : on doit décider pour l'affirmative, par ce même principe, parce qu'il s'agit de détruire un acte par écrit, contre lequel la preuve teſtimoniale ne peut point être admiſe ;*

Ce principe admet auſſi des exceptions.

La premiere, lorſqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

La ſeconde eſt en faveur des tiers, & de ceux qui n'ont point été parties dans l'acte, en fraude deſquels on pourroit avoir énoncé des choſes contraires à la vérité, ainſi qu'il eſt dit en l'art. 67 *du chap.* 7 *de la premiere partie. Raiſon de déciſion pour différentes queſtions propoſées au chap.* 11, *concernant le retrait fait en fraude du retrayant.*

La troiſieme exception eſt, lorſqu'on articule, contre une obligation, des faits de violence, de dol, de ſurpriſe, d'erreur, & autres ſemblables, dont on n'a pu ſe procurer une preuve par témoins. Le chap. 7 *de la premiere partie expoſe les régles que l'on doit ſuivre à ce ſujet. L'art.* 46 *du chap.* 6 *parle auſſi du mariage qui a été contracté par crainte ou par force. Le chap.* 16 *qui a pour titre* des Teſtamens, *fait voir que la preuve par témoins de l'incapacité du teſtateur peut être admiſe contre l'énonciation du contrat, ainſi que de la captation & ſuggeſtion, du fidéicommis, de la ſuppoſition d'un teſtament pour un autre. Le chap.* 2 *de la ſeconde partie, art.* 6, *parle d'un cas d'erreur, où la preuve par témoins pourroit être admiſe contre le contenu à un acte. Le chap.* 3, *art.* 10 ; *le chap.* 4, *art.* 5 ; *le chap.* 6, *en entier.*

TROISIEME PRINCIPE.

Celui qui n'a pas pu ſe procurer une preuve littérale doit être admis à la preuve teſtimoniale.

C'eſt ainſi que le titre 20 *de l'ordonnance de* 1667, *art.* 3, *permet la preuve teſtimoniale du dépôt néceſſaire, fait dans le cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ou d'accidens imprévus ; & à l'art.* 4, *celle du dépôt fait, en logeant dans une hôtellerie : le chap.* 3 *de la premiere partie, n.* 15 *& ſuivans, eſt aſſez étendu ſur cet objet.*

Conformément à ce même principe, on doit être admis à la preuve par témoins de tous les faits qui ne tombent pas en convention, & n'en ſont pas partie. Ainſi le fait de la cohabitation de deux perſonnes, en qua-

lité

lité d'homme & femme, aux chap. 4 & 5 de la premiere partie; celui de la force & de la crainte employées pour contraindre une perſonne à ſe marier, chap. 6, art. 46; du mélange & de la confuſion des biens de deux perſonnes qui doivent former entr'elles une ſociété à ce ſujet, art. 48; celui des ſévices du mari contre ſa femme, article 51; tous les faits qui peuvent donner lieu à un quaſi-contrat, comme la geſtion des biens d'un abſent, ou qui forment des délits, ou quaſi-délits, tels que la fraude, l'uſure, traités au chap. 10; l'occupation des lieux & la jouiſſance, en conſéquence d'un bail, chapitre 14, article 2; la continuation de jouiſſance qui fait naître la tacite réconduction, au même chapitre; la ſuppreſſion d'un teſtament, la captation, la ſuggeſtion, le fait qu'on a empêché une perſonne de teſter, chap. 16; l'habitation & la demeure de certaines perſonnes en un lieu, pour en induire leur domicile, chap. 17; le fait de la tradition & de la poſſeſſion de la choſe contenue en la promeſſe de vendre, d'où on infere la vente, chap. 10 de la ſeconde partie.

Quatrieme Principe.

Celui qui a perdu, par un cas fortuit, la preuve littérale, doit être admis à la preuve teſtimoniale.

Ce principe eſt expoſé avec des modifications très-ſenſées, au chap. 15 de la premiere partie, qui a pour titre, des Titres perdus & conſommés par le tems; *l'art. 2 du chap. 11 de la ſeconde partie parle auſſi de la perte de la quittance.*

C'eſt à la lueur de ces quatre principes accompagnées de leurs exceptions, qu'il faut toujours marcher, afin de ne pas s'égarer dans une matiere auſſi épineuſe & auſſi importante. Cependant il y a bien des cas, comme on le verra par le détail de cet ouvrage, où la régle doit néceſſairement plier, & où la ſingularité des faits & des circonſtances ne permet pas de s'en tenir rigoureuſement à la diſpoſition de la loi; c'eſt alors qu'il faut aux juges beaucoup de prudence & de ſageſſe. L'ordonnance a apporté remede aux plus grands inconvéniens; mais elle n'en a pas apporté à tous: cela étoit impoſſible. Nous leur remettrons devant les yeux un jugement plein de ſagacité, porté par un de nos princes, dans une occaſion ſemblable; c'eſt Philippe Auguſte, & dans un tems où aucune loi n'avoit encore reprimé les abus de la preuve par témoins. Un prévôt de Paris avoit, à la campagne, un voiſin dont il deſira réunir la vigne à ſon héritage; celui-ci lui répondit comme Naboth: Propitiùs mihi ſit dominus ne dem hæreditatem patrum meorum tibi! *Quelque tems après, ce voiſin mourut. Le prévôt ayant gagné deux de ſes échevins, les engagea à lui ſervir de faux témoins, & à certifier qu'il avoit payé le prix de la vigne: voici comme il s'y prit pour leur ſauver le ſcrupule du parjure qui pouvoit les arrêter. Il alla déterrer le mort, lui mit dans la main, en préſence des deux échevins, le prix de la vigne: le retira enſuite. Vous pouvez après cela, leur dit-il, jurer en ſûreté de*

conſcience, que j'ai mis le prix de la vigne entre les mains du défunt; & elle lui fut adjugée ſur le témoignage de ces deux hommes. La veuve, perſuadée que ſon mari n'avoitpas vendu ce bien, porta ſes plaintes à Philippe Auguſte qui, par ſa pénétration, jugea bien que le prévôt étoit uſurpateur. Il manda le premier échevin en préſence de ſa cour, & lui commanda de réciter le Pater *d'un bout à l'autre, &, l'ayant fait retirer, fit venir le ſecond : Votre confrere, lui dit-il, m'a parlé le langage de la vérité; ſi vous biaiſez, & que vous ne me faſſiez pas l'aveu de votre crime, je vous enverrai au dernier ſupplice : j'uſerai, au contraire, de ma clémence, ſi vous êtes auſſi véridique que lui. Celui-ci ne douta pas que le premier n'eût tout avoué. Il ſe jetta aux pieds du roi, à qui il raconta comme la choſe s'étoit paſſée. Le monarque engagea enſuite l'autre à faire le même aveu : il leur fit grace; mais il les dépouilla de leurs charges, & fit enterrer le prévôt tout vif. Il eſt quelquefois à propos d'uſer d'adreſſe pour démaſquer l'impoſture; & la ſageſſe doit ſçavoir employer, dans l'occaſion, une honnête ſubtilité.*

PREFACE.

CE n'eſt pas ſeulement parce que l'édition du Commentaire de Me Jean Boiceau, avocat au préſidial de Poitiers, ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, devient rare, que cette nouvelle édition paroît au jour, mais auſſi parce que, depuis un ſiécle que cette ordonnance a été publiée, il eſt ſurvenu pluſieurs changemens dans la juriſprudence ſur la Preuve par Témoins en matiere civile, qui méritoient des obſervations particulieres.

Le titre 20 de l'ordonnance de 1667 a ajoûté pluſieurs diſpoſitions à celle de l'article 54 de Moulins, touchant le dépôt & le commencement de preuve par écrit, & le concile de Trente & l'ordonnance de 1539 ont introduit des maximes toutes différentes de celles qui étoient reçues dans l'uſage des tems de Boiceau, touchant les mariages préſumés, ou clandeſtins.

Les arrêts, qui ſont intervenus depuis, ont décidé pluſieurs eſpeces que cet auteur n'avoit pas même prévues, notamment à l'égard des teſtamens, auxquels il n'avoit pas oſé étendre la prohibition de la preuve par témoins, parce que cette ordonnance ne parle que de conventions.

Et pour ce qui eſt de l'article 55 de l'ordonnance de Moulins, touchant la preuve des tonſures, de l'émiſſion des vœux, & des reproches des témoins, quoique ces diſpoſitions concernent auſſi la preuve par témoins en matiere civile, Boiceau ne nous en a rien laiſſé par écrit; & l'ordonnance de 1667 y a beaucoup ajoûté.

Il eſt donc aiſé de voir que, quoique le Commentaire de Boiceau ait paſſé, de ſon tems, pour un ouvrage achevé, & auquel il ne reſtoit rien à ajoûter, il étoit néceſſaire d'y retoucher aujourd'hui, à cauſe de tous ces changemens, parce que rien n'eſt plus fréquent dans l'uſage ni plus important que la matiere des preuves, quoiqu'il n'y en ait point de plus obſcure, ni de plus arbitraire, au ſentiment de la loi même; & il étoit même néceſſaire de donner une nouvelle traduction de cet ouvrage, parce que celle qui a été faite en 1599, commence à vieillir. Il eſt vrai que Boiceau a donné d'excellens principes ſur ce ſujet, & des diſtinctions fort judicieuſes : il étoit fort verſé dans le droit Romain, & il ne l'étoit pas moins dans le droit coutumier. Il avoit commencé à travailler ſur la Coutume de Poitou; & c'eſt, en partie, ſur ſes Mémoires, que Me Conſtant, ſon neveu, & Me Conſtant, ſon fils, avocat du roi à Poitiers, l'ont donnée depuis au public; & dans le grand nombre d'éloges de ces deux commentateurs, qui ſont imprimés à la tête de ce Commentaire, il y en a un de Boiceau même, qui

marque qu'il eut le malheur de devenir aveugle ſur la fin de ſes jours, mais que cela ne l'empêcha pas de conſulter comme auparavant; ce qui donna occaſion de lui appliquer avec juſtice l'éloge que Valere Maxime donne à Appius Claudius, à qui le même accident étoit arrivé dans ſa vieilleſſe: *Hunc cœcum aliquis nominet, à quo patria quod rectum & juſtum erat, per ſe parùm cernens, coacta eſt providere.*

Il paroît par ce Commentaire ſur l'ordonnance de Moulins, qu'il ne s'étoit attaché qu'aux anciens gloſſateurs du droit, dont l'expérience du barreau lui avoit appris à faire un bon uſage; mais il avoit negligé, ce ſemble, la lecture de nos juriſconſultes François, qu'il cite fort peu, & qui auroient pu pourtant lui fournir pluſieurs déciſions ſur ce ſujet. Il n'a même rapporté que les eſpeces qui ſe ſont préſentées dans ſon préſidial, & qui y ont été jugées: il n'a point rapporté celles jugées par les arrêts des cours ſouveraines, dont l'autorité peut beaucoup ſervir à fixer les maximes.

Ces additions ne ſont donc proprement qu'une continuation de l'ouvrage de Boiceau, ſuivant le même plan qu'il s'eſt formé, & ſuivant ſes mêmes principes; car elles ne contiennent que des obſervations ſur les nouvelles diſpoſitions de l'ordonnance de 1667, des réflexions ſur les eſpeces qui ont été décidées par les arrêts, depuis l'édition du Commentaire de Boiceau, & pluſieurs queſtions fréquentes dans l'uſage, dont il n'a point parlé; &

parce qu'il étoit inutile de groſſir ce livre d'une table particuliere de tous les ſommaires des additions ſur chaque chapitre, & que le lecteur pourra aiſément, en les parcourant, connnoître en détail toutes les matieres qui y ſont traitées, il eſt néceſſaire d'en donner ſeulement ici une idée générale, & de remarquer en gros les plus importantes, ſur-tout celles dont Boiceau n'a point parlé.

Obſervations générales ſur la preuve par témoins.

Ces additions commencent par des obſervations générales ſur la preuve par témoins en matiere civile: on y rapporte la définition, la diviſion des preuves, & la diſtinction qu'il faut faire touchant la qualité des faits dans leſquels elles ſont admiſſibles, ou non; elles finiſſent par une comparaiſon entre l'article 54 de l'ordonnance de Moulins & ceux de l'ordonnance de 1667, ſur la même matiere, laquelle ſert à faire voir le rapport, & les différences qui ſont entre ces deux ordonnances.

Additions ſur la préface de Boiceau.

Ce que rapporte Boiceau dans ſa Préface, touchant l'ancien uſage de la preuve par témoins, & de la preuve par écrit, a donné lieu, dans les additions, à une diſſertation hiſtorique ſur l'origine & l'uſage de ces deux preuves chez les Juifs, les Grecs, les Romains, &, parmi nous, depuis le commencement de la monarchie juſqu'à préſent.

Chapitre 1 de la premiere partie.

Les additions ſur le chapitre premier expliquent les cas auxquels la preuve par le ſerment eſt reçue.

Chap. 3.

Boiceau, dans le chapitre 2, n'a traité du dépôt néceſſaire, qu'en paſſant: l'article 4 du tit. 20 de

l'ordonnance de 1667, parle encore du dépôt fait par ceux qui voyagent, entre les mains des hôtes; c'eſt ce qui a engagé d'examiner la juriſprudence du droit Romain ſur ce ſujet, & pluſieurs queſtions qui peuvent arriver tous les jours à cette occaſion.

La nouvelle juriſprudence introduite par le concile de Trente, & par l'ordonnance de 1639, touchant les mariages préſumés, forme la matiere des additions ſur le chapitre 4, auſſi-bien que celle des additions ſur le chapitre 5, touchant les mariages clandeſtins; & parce que cette matiere eſt très-importante, il eſt néceſſaire auſſi de s'y étendre davantage. Chap. 4. Chap. 5.

Boiceau, dans le chapitre 6, n'a parlé qu'en général de la preuve par témoins des conventions matrimoniales. Il n'a rien dit des queſtions qui concernent l'exécution de ces conventions, notamment le payement de la dot: elles y ſont examinées, & on ya ajoûté celles qui regardent la communauté dans les Coutumes qui l'introduiſent après un certain tems entre les conjoints, quand ils ne l'ont pas ſtipulée, ce qui a donné occaſion de traiter auſſi celles qui regardent les ſociétés. Chap. 6.

La matiere des contrats ſimulés étant une des plus fréquentes & des plus difficiles, il a fallu, pour l'éclaircir, expliquer ce que c'eſt que dol & ſimulation, & quelle différence les juriſconſultes font entre les préſomptions, les indices, les conjectures, les ſignes, la ſuſpicion, l'adminicule; Chap. 7.

quelles circonſtances doivent faire préſumer la ſimulation : il a fallu même établir des régles dans cette matiere qui ne doit pas être entiérement arbitraire. Sur la fin, on examine pluſieurs autres queſtions que celles dont parle Boiceau, touchant les contrats paſſés par crainte ou par force.

Chap. 8. Les additions du chapitre 8 expliquent, entr'autres choſes, le ſentiment de Me Charles Dumoulin ſur la nullité des actes, & quelles diſtinctions il faut faire ſur ce ſujet.

Chap. 9. Il y a quelques obſervations dans le chapitre 9, touchant l'origine des foires, & quelques queſtions dont Boiceau n'a point parlé.

Chap. 10. A l'occaſion de ce que dit Boiceau dans le chapitre 10 ſur les quaſi-contrats, on a traité des gageures dans les additions, pour ſçavoir ſi elles ſont obligatoires ; on examine enſuite les queſtions qui peuvent naître, pour ſçavoir en quel cas la preuve par témoins eſt recevable de l'argent gagné, perdu, ou prêté au jeu.

Chap. 11. Le chapitre 11 de Boiceau, qui traite du retrait & des fraudes qui s'y pratiquent, a donné lieu de parler des différentes diſpoſitions des Coutumes ſur ce ſujet, ce qui forme pluſieurs queſtions dont Boiceau n'a rien dit.

Chap. 12. Sur le chapitre 12, des Procureurs *ad lites*, & des procureurs *ad negotia*, on a ajoûté quelques eſpeces particulieres à celles dont Boiceau a parlé.

Chap. 13. Dans le chapitre 13, Boiceau explique la loi *Labeo*, & quelles ſont les préſomptions de payement

ment en faveur du débiteur : il en a oublié quelques-unes que l'on a eſſayé d'éclaircir.

Aux obſervations que Boiceau a faites dans le chapitre 14 ſur le bail à loyer, il étoit naturel d'ajoûter celles qui concernent les preſtations annuelles, pendant dix ans, ſans titre, pour ſçavoir en quel cas elles font préſumer qu'il y en a un, & quand la preuve par témoins y eſt recevable. Chap. 14.

Dans le chapitre 16, Boiceau n'ayant oſé appliquer la déciſion de l'ordonnance de Moulins aux teſtamens, n'a pas eu lieu de traiter pluſieurs queſtions qui ſe préſentent tous les jours ſur ce ſujet : il étoit de néceſſité de les examiner, parce que les arrêts y ont étendu la prohibition de cette ordonnance. Ces queſtions ſont de ſçavoir ſi la preuve par témoins eſt reçue des déclarations & des reconnoiſſances faites par un teſtateur verbalement avant, lors, ou depuis ſon teſtament; de l'empêchement de teſter, de la révocation, de la ſuppreſſion, de la ſuggeſtion des teſtamens, des diſpoſitions captatoires, & la queſtion qui a été plaidée, l'année derniere, en la grand-chambre? Sçavoir ſi, nonobſtant que le notaire ait exprimé que le teſtateur étoit ſain d'eſprit, la preuve du contraire eſt recevable? On y a encore renfermé les difficultés qui peuvent naître touchant la preuve des formalités du teſtament noncupatif; de celui fait en tems de peſte, du teſtament myſtique, & du teſtament militaire. Chap. 16.

Le lecteur trouvera dans les additions du cha- Chap. 17.

pitre 17 plusieurs questions sur la preuve de l'investiture des fiefs; des droits honorifiques & de patronage; de la noblesse, & si les inscriptions & monumens publics font foi en justice? Boiceau n'avoit rien dit de cette derniere question.

Chap. 18. Les additions sur le chapitre 18 ne traitent que des restrictions au premier ou second chef de l'édit.

Seconde partie. Chapitre 1. Boiceau, dans le chapitre premier de son Commentaire sur la seconde partie de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, parle des écritures privées : ainsi il étoit naturel d'expliquer, en cet endroit, ce que l'ordonnance de 1667, titre 20, articles 3 & 5, appelle un *commencement de preuve par écrit*, parce qu'aucun de nos auteurs François n'a traité cette matiere à fonds; & il a été nécessaire d'en rapporter des especes sur lesquelles sont intervenus des arrêts; on en rapporte, entr'autres, un récent du 29 Mai 1696, plaidant M. Thevart pour la dame marquise du Fresnoy; & M. Vezins, pour François Odouart, sieur du Hazey, sur les conclusions de M. Daguesseau, avocat général, qui décide aussi que la preuve par témoins est admise contre les actes simulés, & même contre les décrets.

Chap. 2. Il y a dans les additions sur le chapitre 2 des questions particulieres, touchant les reçus écrits au bas d'une promesse, ou d'une obligation, par le créancier qui ne les a point signées; touchant le bordereau des especes payées ou reçues, & quelques autres qui concernent les lettres missives & les lettres de créance.

Dans le chapitre 3, Boiceau a traité des écritures privées qui ne ſont point cauſées; ce qui a donné lieu de parler des blancs-ſignés dans les additions. Chap. 3.

Il y a quelques queſtions ajoûtées ſur le chapitre 4 qui traite des actes nuls; & quelques autres ſur le chapitre 5, qui parle de la comparaiſon d'écritures. Chap. 4. Chap. 5.

Boiceau examine dans le chapitre 6, ſçavoir ſi un acte ſouſſigné par erreur, fait foi? Il parle auſſi de la numération ſimulée dans un contrat; cela a donné lieu d'expliquer en cet endroit l'exception, *pecuniæ non numeratæ*, dont pluſieurs de nos Coutumes ont parlé différemment du droit Romain. Chap. 6.

Le prêt civil eſt fort bien expliqué par Boiceau dans le chapitre 7; mais il a oublié de parler du prêt à uſage, appellé en latin *commodatum;* & cette derniere ſorte de prêt étant encore bien plus fréquente que le premier, on a cru important d'éclaircir ſi la preuve par témoins y eſt recevable; c'eſt ce qui fait la matiere des additions ſur ce chapitre. Chap. 7.

Le chapitre 8 de Boiceau examine quelle foi doivent faire les livres des marchands, & parle de ceux nommés, à Rome, *argentarii*. Pour bien entendre les applications qu'on peut tirer des loix Romaines ſur cette queſtion, il a fallu expliquer quelles étoient les fonctions différentes de ces ſortes de perſonnes à Rome, & comment le com- Chap. 8.

merce de l'argent s'y faiſoit; enſuite on a rapporté tout ce que les auteurs ont dit en faveur & contre les livres des marchands, dans les eſpeces différentes qui peuvent ſe préſenter ſur ce ſujet.

Chap. 9. Boiceau, dans le chapitre 9, a expliqué ce que c'étoit que *teſſera*, en parlant des *tailles & méreaux:* on y a ajoûté toutes les ſignifications de ce mot, qui en renferme d'aſſez curieuſes.

Chap. 10. Enfin Boiceau, dans le chapitre 10, examine ſi la preuve par témoins eſt reçue d'un payement; cette queſtion importante a donné lieu à pluſieurs diſtinctions qui ſont rapportées dans les additions.

Outre ces additions à chaque chapitre de Boiceau, dont il vient d'être parlé, le lecteur trouvera des obſervations ſur la juriſprudence des pays étrangers, touchant la preuve par témoins, en ce qu'elle eſt conforme à nos mœurs, notamment ſur l'article 19 de l'édit perpétuel des archiducs, obſervé en Flandres, & dans la plûpart des pays nouvellement conquis, lequel article 19 a été tiré, preſque mot à mot, de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, & ſur lequel Antonius Anſelmo, & Joannes Romelius ont fait des commentaires fort eſtimés, dont les principales déciſions ſont auſſi rapportées ſur chaque chapitre de Boiceau, ſelon les matieres, auſſi-bien que celles de pluſieurs autres auteurs célébres qui ont commenté les Ordonnances, les Statuts & les Coutumes de Naples, de Milan, de Bologne-la-Graſſe en Italie & en Portugal, qui ont des diſpoſitions particulieres ſur la

preuve par témoins. On a cru que cette recherche pourroit n'être pas inutile, pour marquer le droit commun de toutes les nations de l'Europe ſur la preuve par témoins : outre que l'on a trouvé, même dans ces auteurs étrangers, des déciſions qui peuvent nous ſervir beaucoup. Il eût été facile d'y en ajoûter pluſieurs autres : la ſeule bibliotheque du roi, dans laquelle on a choiſi ceux qui ſont cités dans cet ouvrage, renferme preſque tous les juriſconſultes des pays étrangers, qui ont écrit ſur les loix de leur pays ; mais il a fallu ſe borner à quelques-uns. Le lecteur trouvera auſſi une partie des obſervations que Me Louis Vrevin a fait ſur cet article 54 de l'ordonnance de Moulins, leſquelles ont été imprimées avec pluſieurs petits Traités, en l'année 1639. Enfin, à la ſuite du Commentaire de Boiceau, il y a des obſervations ſur l'article 55 de l'ordonnance de Moulins, dont il n'avoit rien dit, & ſur les articles 8 & ſuivans du titre 20 de l'ordonnance de 1667, particuliérement touchant la preuve de la naiſſance.

TABLE
DES CHAPITRES
ET DES ADDITIONS.

OBSERVATIONS *générales ſur la preuve par témoins*, Page 4
Préface de Boiceau, dans laquelle il explique la cauſe qui a donné lieu à l'article 54 *de l'ordonnance de Moulins ; & la diviſion de ſon ouvrage*, 17
Additions ſur la Préface, 28
Additions à Boiceau & à Danty. Du nombre & des qualités requiſes par notre juriſprudence actuelle dans les témoins, & de la maniere de procéder à la preuve teſtimoniale, 50
CHAPITRE I. *Du Commentaire de Boiceau ſur l'article* 54 *de l'ordonnance de Moulins, dans lequel il eſt prouvé que cette ordonnance a eu lieu du jour qu'elle a été publiée*, 60
Additions ſur le chapitre premier, 63
CHAP. II. *En quels cas, & en quelles obligations l'ordonnance de Moulins a lieu*, 87
Additions ſur le ſecond chapitre, 91
CHAP. III. *Du Dépôt*, 92
Additions ſur le chapitre troiſieme, 99
CHAP. IV. *Du Mariage*, 119
Additions ſur le chapitre quatrieme, 128
CHAP. V. *Du Mariage clandeſtin*, 152
Additions ſur le chapitre cinquieme, 161
CHAP. VI. *Des Conventions matrimoniales*, 171
Additions ſur le ſixieme chapitre, 176
CHAP. VII. *Des Contrats ſimulés*, 210
Additions ſur le ſeptieme chapitre, 219
CHAP. VIII. *Des Contrats nuls en la forme*, 260
Additions ſur huitieme chapitre, 266
CHAP. IX. *Des Marchés faits durant les foires*, 273
Additions ſur le neuvieme chapitre, 281

CHAP. X. *Des Quaſi-Contrats qui procedent du délit, ou quaſi-délit, & des actes faits en jugement, ou hors jugement,* 286
Additions ſur le dixieme chapitre, 295
CHAP. XI. *Des Inſinuations dont l'original ne ſe trouve pas, & autres ſemblables,* 331
Additions ſur le onzieme chapitre, 343
CHAP. XII. *Du Procureur qui n'a point de charge par écrit, & qui eſt déſavoué par ſes parties,* 352
Additions ſur le douzieme chapitre, 359
CHAP. XIII. *Des Pactes tacites introduits par la loi, ou par le fait de l'homme,* 369
Additions ſur le treizieme chapitre, 382
CHAP. XIV. *Des Conventions tacites qui concernent le bail à loyer,* 400
Additions ſur le quatorzieme chapitre, 408
CHAP. XV. *Des Titres perdus & conſommés par le tems,* 421
Additions ſur le quinzieme chapitre, 427
CHAP. XVI. *Des Teſtamens, Codicilles, Donations à cauſe de mort, & autres Actes de derniere volonté,* 438
Additions ſur le ſeizieme chapitre, 447
CHAP. XVII. *Des qualités accidentelles des choſes qui ſont demandées en juſtice,* 516
Additions ſur le dix-ſeptieme chapitre, 534
CHAP. XVIII. *Des Demandes indéfinies, & qui ne ſont point fixées à une ſomme certaine,* 560
Additions ſur le dix-huitieme chapitre, 566

SECONDE PARTIE DE L'ARTICLE LIV
De l'Ordonnance de Moulins.

CHAPITRE I. *DES Ecritures privées, en général,* 570
Additions ſur le premier chapitre, 575
CHAP. II. *Des Cedules & Promeſſes,* 597
Additions ſur le ſecond chapitre, 603
CHAP. III. *Des Ecritures privées non cauſées,* 611
Additions ſur le troiſieme chapitre, 615
CHAP. IV. *Des Contrats reçus par un notaire qui a inſtrumenté hors ſon reſſort,* 621

Additions sur le quatrieme chapitre, 623
CHAP. V. *De la Vérification des Ecritures*, 627
Additions sur le cinquieme chapitre, 631
CHAP. VI. *Des Promesses soussignées par erreur*, 633
Additions sur le sixieme chapitre, 645
CHAP. VII. *Du Prêt civil*, 659
Additions sur le septieme chapitre, 665
CHAP. VIII. *Des Livres des marchands*, 671
Additions sur le huitieme chapitre, 681
CHAP. IX. *Des Obligations qui ne sont point rédigées par écrit, & qui se contractent, pour raison de choses prises en détail, par de certaines marques appellées vulgairement* coches, tailles & méreaux, 721
Additions sur le neuvieme chapitre, 729
CHAP. X. *De ce qui se fait en exécution des contrats ou obligations par écrit*, 737
Additions sur le dixieme chapitre, 739
CHAP. XI. *Des Quittances*, 743
Additions sur le onzieme chapitre, 754
Article LV de l'ordonnance de Moulins, avec des observations, 765

Fin de la Table des Chapitres.

ARTICLE

ARTICLE LIV

De l'ordonnance de Moulins, donnée par Charles IX en l'année 1566.

POUR obvier à la multiplication des faits que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, ſujets à preuve de témoins, & reproches d'iceux dont adviennent pluſieurs inconvéniens & involutions de procès; avons ordonné, & ordonnons que dorénavant, de toutes choſes excédant la ſomme ou valeur de cent livres pour une fois payer, ſeront paſſés contrats par-devant notaires & témoins, par leſquels contrats ſeulement ſera faite & reçue toute preuve deſdites matieres, ſans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu audit contrat, ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors, & depuis; en quoi n'entendons exclure les conventions particulieres, & autres qui ſeroient faites par les parties, ſous leurs ſeings, ſceaux & écritures privées.

L'article 55 de la même ordonnance de Moulins, qui a du rapport, & qui concerne la même matiere que l'article ci-deſſus, eſt à la fin de ce livre, page 765, où le lecteur pourra avoir recours.

ORDONNANCE DE M DC LXVII.

TITRE XX.

Des faits qui giſſent en preuve vocale ou littérale.

L'article I de ce titre ne concerne que la procédure.

ARTICLE II.

SERONT paſſés actes par-devant notaires, ou ſous ſignature privée, de toutes choſes, excédant la ſomme ou valeur de cent livres, même pour dépôt volontaire; & ne ſera reçue aucune preuve par témoins contre & outre

le contenu aux actes, ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agît d'une ſomme, ou valeur moindre de cent livres, ſans toutesfois rien innover pour ce regard, en ce qui s'obſerve en la juſtice des juges & conſuls des marchands.

ARTICLE III.

N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt néceſſaire, en cas d'incendie, ruine, tumulte, ou naufrage, ni en cas d'accidens imprévus, où on ne pourroit avoir fait des actes, & auſſi, lorſqu'il y aura un commencement de preuve par écrit.

ARTICLE IV.

N'entendons pareillement exclure la preuve par témoins pour dépôts faits en logeant dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou de l'hôteſſe, qui pourra être ordonnée par le juge, ſuivant la qualité des perſonnes, & les circonſtances du fait.

ARTICLE V.

Si, dans une même inſtance, la partie fait pluſieurs demandes, dont il n'y ait point de preuve, ou commencement de preuve par écrit, & que jointes enſemble, elles ſoient au deſſus de cent livres, elles ne pourront être vérifiées par témoins, encore que ce ſoit diverſes ſommes qui viennent de différentes cauſes, & en différens tems, ſi ce n'étoit que les droits procédaſſent, par ſucceſſion, donation, ou autrement, de perſonnes différentes.

Les autres articles de ce titre, qui ont du rapport à l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins, ſont à la fin de ce livre, page 765.

Les articles des Coutumes qui concernent la preuve par écrit ou par témoins, ſont rapportés en différens endroits de ce livre, marqués dans les ſommaires des chapitres.

ÉDIT PERPETUEL
DES
DES ARCHIDUCS.
ARTICLE XIX.

COMME pluſieurs procès ſe meuvent entre nos ſujets, à cauſe de la multiplication des faits qu'on poſe être venus ès conventions & contrats en vertu deſquelles on agit, comme ſi plus y avoit été dit, & pourparlé, que ne contiennent les inſtrumens ſur ces faits, ſoit ſous leur ſignature, ou par-devant notaires & témoins; comme de même au fait des diſpoſitions teſtamentaires, contrats de mariage, & toutes eſpeces de conventions ou diſpoſitions, cauſant une grande incertitude, & parfois diverſité, voir contrariété de preuve & involution de procédures, au très-grand intérêt des parties : Nous, pour obvier à ce, avons ordonné & ordonnons par cette préſente, que de toutes choſes dont nos ſujets voudront traiter ou diſpoſer, excédant la valeur de trois cens livres Artois une fois, ſoit par ordonnance de derniere volonté, donations, contrats de mariage, venditions, ou autres contrats quelconques, fût de choſe réelle ou pécuniaire de la valeur que deſſus, ils aient à le faire par écrit, ſoit ſous leurs ſignatures, ou par-devant notaires & témoins, ou autres perſonnes publiques, ſelon la qualité & importance deſdits contrats & diſpoſitions, qui en dépêcheront les inſtrumens en forme, leſquels ſeuls ſerviront de toute preuve eſdites matieres, ſans que les juges pourront recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu d'iceux. 12 Juillet 1611.

STATUTUM BONONIÆ.

De Probationibus Solutionum.

Statuta Bononiæ approbata sunt à cardinali Besarion cardinalis Nicenus nuncupatus. Sedis apostol. legatus à latere Nicolai V, papæ, ann. 1453.

AD obviandum ne infra scriptis casibus falsi testes producantur in quibus facilè produci consueverunt, statuimus & firmamus quòd si quis fuerit debitor alicujus ex aliquâ causâ pro quantitate, re vel facto de cujus quantitatis rei vel facti obligatione fuerit publicum instrumentum, vel alia scriptura publica vel privata, cui fides de jure debeat adhiberi, excedente summam seu æstimationem quinquaginta librarum Bononenorum, non possit probari per testes, restitutionem, solutionem, seu satisfactionem, vel dationem in solutum talis debiti quod peteretur ab eo in totum vel pro parte, nec etiam quod creditor confessus fuerit sibi restitutum vel solutum debitum, vel quod fecerit ipsi debitori de ipso debito vel ejus parte finem, quietationem, remissionem, absolutionem, refusionem, liberationem vel pactum de ulteriùs non petendo perpetuò vel ad tempus, vel quod cum ipso debitore super prædictis transegerit, vel ipsi debitori reddiderit instrumentum prædictum vel talem scripturam publicam vel privatam cancellatum seu cancellatam, inciſum vel inciſam, vel non, vel quod ipsum vel ipsam cancellaverit vel inciſerit, nisi talis petens esset usurarius & hoc probaretur per publicam vocem & famam seu communem opinionem per quatuor testes legales & fide dignos, majores viginti quinque annis & omni exceptione majores, habentes in bonis, pro quolibet eorum, valorem saltem ducenta-

STATUT DE BOLOGNE.

De la Preuve des Payemens.

POUR empêcher que, dans les cas ci-après mentionnés, dans lesquels on a coutume de produire souvent de faux témoins, on n'en produise encore à l'avenir, nous voulons & ordonnons que, si quelqu'un est débiteur d'un autre, pour quelque cause, soit pour raison d'une chose, ou pour raison de quelque fait, en vertu d'une obligation en forme, ou de quelqu'autre écrit public ou privé, auquel, de droit, foi doit être ajoûtée, & qu'il s'agisse d'une somme ou de l'estimation d'une chose dont la valeur excede cinquante livres, monnoie de Bologne, il ne puisse prouver par témoins qu'il a restitué cette chose, qu'il l'a payée, ou qu'il y a satisfait, ou qu'il a donné quelque chose en payement de cette dette qu'on lui demande, en tout ou en partie, ni que son créancier a reconnu qu'il lui a restitué ou payé la somme qu'il lui doit, ou que son créancier lui a quitté ou remis la dette, & l'en a déchargé en tout ou en partie; ou lui a promis de ne lui en demander jamais rien, ou du moins pendant un certain tems, ou qu'il a transigé & composé de la dette avec lui, ou que le créancier lui a lui-même rendu l'original de son obligation en forme, ou autre écrit public, ou sous signature privée (qui est le titre de cette dette) cancellé, ou non, ou que le créancier l'a lui-même cancellé; si ce n'est que celui qui lui demande le payement de cette somme, ne fût un usurier, & que ce fait fût prouvé par la voix publique, & la commune renommée, par la déposition de quatre témoins, gens d'honneur, & dignes de foi, majeurs de vingt-cinq ans, & au-dessus de tout reproche, & possédant chacun la valeur de deux cens livres, monnoie de Bologne, auquel cas, ces sortes de preuves par témoins doivent être admises de quelque somme, de quelque chose, ou de quelque fait qu'il s'agisse, à concurrence de cinq cens livres, & non au-dessus.

rum librarum Bononenorum : quo casu tales probationes per testes debeant admitti pro quàcumque quantitate, re, vel facto, usque ad quantitatem librarum quingintarum, & non ultrà.

§. Et au contraire, quoique quelqu'un soutienne qu'un autre est son débiteur pour raison d'une certaine chose, soit d'une certaine quantité, ou d'une chose en especes excédant la somme ou la valeur de cent livres, monnoie de Bologne, ou parce qu'il soutient que cette personne lui a promis par contrat, ou par une promesse, de faire pour lui une certaine chose, dont l'estimation ou les dommages-intérêts (faute de l'avoir fait) excedent la somme ci-dessus marquée, il ne lui soit pas permis de prouver par témoins cette dette en tout ou en partie, & que cette preuve, si elle lui a été permise, soit nulle de plein droit; & néanmoins, que cette preuve lui soit permise, même dans les cas où il s'agira de sommes qui excedent celle ci-dessus, quand cette preuve ne servira qu'à fortifier & qu'à appuyer le commencement de preuve par écrit qu'il aura de sa dette, par le moyen de quelque écrit, soit public ou autre, auquel foi doit être ajoûtée, suivant le Statut de cette cité de Bologne, comme foi y seroit ajoûtée suivant le droit commun.

§. Excepté aussi, que s'il s'agit de prouver qu'une personne a promis de constituer une dot ou un augment de dot, ou de les restituer, ou de quelque autre convention ou cas, pour raison duquel on est tenu de payer une certaine taxe, ou dont la connoissance appartienne à ceux qui sont prépposés pour lever ce droit, quoiqu'il s'agisse de chose qui excede la somme ci-dessus, ou la valeur, la preuve par témoins sera admise, & permis de faire entendre des témoins en ce cas, ainsi qu'il est porté expressément dans le Statut qui concerne les officiers établis pour faire le recouvrement de ce droit; excepté encore le cas auquel il seroit prouvé que le notaire a perdu l'acte qu'il a passé, sans qu'il y ait eu de sa faute : auquel cas, la dette, ou la décharge de la dette, se pourra prouver par trois témoins de probité au-dessus de tout reproche.

§. De plus, l'une & l'autre partie pourront aussi prouver par témoins leur gestion, & tout ce qui regarde l'administration qu'elles ont eue de quelque chose que ce soit, ou le demandeur ou le défendeur seulement y seront admis séparement, &

§. Et ex adverso etiam si quis dicere voluerit aliquem suum debitorem esse ex aliquâ causâ pro quantitate vel re excedente summam vel æstimationem centum librarum Bononenorum vel facto principaliter in contractu, sub promissione deducto, cujus facti æstimatio seu interesse excedat summam prædictam, non possit tale debitum in totum vel pro parte probari per testes & talis probatio facta vel admissa non valeat ipso jure; possint tamen testes, ultrà dictas summas, ad coadjuvationem scripturæ publicæ vel alterius cui de jure vel ex formâ Statutorum civitatis Bononiensis, fides debeat adhiberi, admitti, prout aliàs de jure admitterentur.

§. Salvo quod si de jure fuerit dos promissa de dando vel restituendo, vel ejus augmentum, vel alius contractus, seu casus, de quo vel quibus debeat solvi gabella vel cujus cognitio spectaret ad dominos de gabellâ, etiam si dictam summam vel æstimationem excedat, possit probari per testes, & super eis testes produci possint, prout in Statuto quod loquitur de officio dominorum officialium de gabellâ, continetur, & salvo, si tale instrumentum notarium amisisse legitimè probaretur; quo casu absolutio vel debitum probari posset per tres testes omni exceptione majores.

§. Possit etiam probari per testes ubi petatur reddi ratio administrationis alicujus super quibuscunque ipsam administrationem tangentibus ab utrâque parte vel ab alterâ tantùm, & etiam per testes pro-

batio admittatur in casibus omnibus in quibus ex aliquo Statuto talis probatio permittatur.

§. Prætereà dicimus quòd nulla cessio alicujus juris vel actionis realis vel personalis, seu mixtæ, vel alterius cujuscunque, quæ facta diceretur ex quâcunque causâ, titulo vel contractu, seu quasi; vel aliquod testamentum, vel ultima voluntas per testes probari possit cujuscunque summæ vel æstimationis existant, & talis probatio facta vel admissa non valeat ipso jure, nisi esset aliquod legatum ad pias causas.

§. Quod legatum ad pias causas, si post ultimam voluntatem testantis vel codicillantis esset relictum, per testes probari possit. Si verò antè conditam ultimam voluntatem fuisset promissum vel conventum aut legatum, & demùm esset facta ultima voluntas & in eâ non fieret mentio de tali legato; probari non possit per testes, vel peti.

§. Salvo quod si de tali cessione, testamento, vel ultimâ voluntate ab alio casu in hoc Statuto comprehenso, fuerit facta publica scriptura, ad ipsius scripturæ, quæ produceretur, corroborationem & coadjuvationem, testes produci valeant qui aliàs de jure admitterentur.

§. Et quià nonnulli frequenter & sine conscientiâ contrà Deum & veritatem jurare non verentur, statuimus quòd ubi lis, vel quæstio seu causa sit quantitatis rei, vel facti excedentis summam vel æstimationem viginti quinque librarum Bononenorum, non possit deferri juramentum necessarium vel possit causa tali juramento decidi, & delatum & præstitum contrà prædicta non teneat quoquo modo & pro non delato & præstito habeatur & sit,

la preuve par témoins ſera auſſi admiſe dans tous les cas dans leſquels cette preuve eſt admiſe par quelque Statut.

§. De plus, nous défendons d'admettre la preuve par témoins d'aucune ceſſion ou tranſport de droits, ou action, ſoit réelle, perſonnelle ou mixte, ou de quelque autre que ce puiſſe être, en vertu de quelque titre, contrat ou quaſi-contrat que ce ſoit, ni d'aucun teſtament ou ordonnance de derniere volonté, quoiqu'il s'agiſſe de peu de choſe ou d'une ſomme modique; & ſi cette preuve a été faite ou admiſe, nous voulons qu'elle n'ait aucun effet, ſi ce n'eſt qu'il fût queſtion d'un legs pieux.

§. Que ſi on articule que ce legs a été laiſſé par le teſtateur, après qu'il a eu fait ſon codicille ou ſon teſtament, la preuve par témoins y pourra être reçue; mais ſi on met en fait que ce legs a été promis, ou fait avant que le teſtateur eût diſpoſé de ſes biens par ſa derniere volonté, & qu'enſuite il a fait ſon teſtament, & n'y a point fait mention de ce legs; en ce cas, il ne ſoit pas permis d'en faire la preuve par témoins, ni même d'en intenter la demande.

§. Excepté néanmoins que ſi, à l'égard de cette ceſſion ou tranſport de droits & actions, & des teſtamens ou de tout autre cas compris dans ce Statut, il a eté paſſé quelque écrit public (qui faſſe un commencement de preuve) il ſoit permis, pour la fortifier & pour l'appuyer, d'en prouver la vérité par la dépoſition des témoins, ainſi qu'ils auroient été admis, de droit commun (ceſſant la prohibition de ce Statut).

§. Et parce que ſouvent il y a pluſieurs perſonnes, leſquelles, ſans aucune conſcience, & contre Dieu & vérité, ne craignent point de faire un faux ſerment, nous ordonnons que, s'il s'agit, dans le procès, d'une choſe ou d'un fait qui excede la ſomme ou l'eſtimation de vingt-cinq livres, monnoie de Bologne, en ce cas il ne ſera pas permis (aux parties ni aux juges) de déférer le ſerment, de telle ſorte que celui à qui on le défere, ſoit tenu néceſſairement de le prêter; &, s'il a été prêté par celui à qui il a été déféré, contre la prohibition de ce Statut, il ſoit regardé comme s'il n'avoit pas été prêté ni déféré.

STATUT LXXXVIII
DU DUCHÉ
DE MILAN.

ON ne pourra prouver par témoins, qu'une perſonne a été bannie, ni qu'elle a été émancipée, ni que l'adminiſtration de ſes biens lui a été interdite, ni qu'un fonds eſt tenu en emphytéoſe, ou en fief, ou qu'il eſt intervenu une ſentence, ou qu'une perſonne a aliéné généralement tous ſes biens, ou ſeulement une partie.

STATUTUM LXXXVIII
DUCATUS
MEDIOLANENSIS.

PER teſtes non poſſit probari bannum, vel emancipatio, nec interdictum adminiſtrationis bonorum, nec quòd res ſit libellaria ſeu fundataria, nec aliquid fore ſententiatum, nec generalis alienatio bonorum, ſeu quotæ partis.

Statuta Mediolanenſis Ludovicus Sforcia Angelus dux Mediolanenſis, reformavit & publicavit, ann. 1498, 20 Octobr. Eadem ſtatuta denuò reformata ſunt per cardinalem de Ambaſiâ, juſſu Ludovici duodecimi Francorum regis & ducis Mediolanenſis 23 April. 1552.

STATUT XCV
Du même Duché.
De la Preuve de la libération contre une obligation authentique.

SI la dette a été contractée par une obligation en forme authentique ou publique, le débiteur ni autre ne ſeront recevables à prouver la décharge de dette, telle qu'elle ſoit, ſi ce n'eſt par la dépoſition de trois témoins; & ſi ce titre de la dette, qui n'a pas été fait double, ſe trouve entre les mains du débiteur, on préſumera qu'elle a été acquittée, en jurant par le débiteur qu'il a effectivement payé, ſuppoſé que ce ſoit le débiteur principal, ou la caution (auquel on en demande le payement;) & ſi c'eſt leur héritier, ou leur ſucceſſeur, même à titre ſingulier, il ſuffira qu'ils faſſent ſerment qu'ils croient que la dette a été acquittée.

STATUTUM XCV
Ejusdem Ducatus.
De Probatione liberationis contrà publicum inſtrumentum.

SI debitum redactum fuerit in publico inſtrumento, non poſſit debitor, nec alius probare per teſtes liberationem cujuſcunque generis niſi fuerint numero tres, & ſi inſtrumentum debiti, quod inſtrumentum non ſit commune, ſit penès debitorem, præſumatur debitum eſſe ſolutum, debitore jurante quod debitum eſt ſolutum, ſi fuerit principalis debitor vel fidejuſſor, ſi verò fuerit hæres vel ſucceſſor etiam ſingularis, ſufficiat jurare de credulitate, ipſum debitum eſſe ſolutum.

STATUT XCVI
Du même Duché.
Des Ecritures faites par la main du débiteur.

TOUT ce qui ſe trouvera écrit ou ſouſcrit par les banquiers ou par les marchands de Milan, ou par quelque autre perſonne que ce ſoit, concernant leurs dettes paſſives, & tout ce qui aura été écrit, donné ou ſouſcrit par eux en faveur de leur créancier, ſera valable & obligatoire au profit du créancier;

STATUTUM XCVI
Ejusdem Ducatus.
De Scriptis manu debitoris factis.

OMNES ſcripturæ factæ vel ſubſcriptæ per campſores, mercatores Mediolani vel alios quoſcunque in debitis ſuis, & omnia ſcripta data vel ſubſcripta manibus eorum alicui ſuo creditori, Valeant & teneant, & eis fides adhibeatur

cum causâ & sinè causâ, etiam si dicantur esse factæ vel subscriptæ in absentiâ partis, quantum est in præjudicium eorum scribentium vel subscribentium, & potestas & ejus judices & consules justitiæ Mediolani & negotiatorum possint & teneantur eos summariè compellere ad solutionem faciendam sine datione libelli & strepitu & figurâ judicii.

& foi y sera ajoûtée, soit que la cause de la dette ait été par eux exprimée, ou non; & quoique ces reconnoissances par écrit ayent été faites en l'absence de ce ui qui y a intérêt, elles feront préjudice à ceux qui les auront écrites ou souscrites; & le magistrat (appellé *podestat*) les conseiliers de son siége, les consuls de la ville de Milan & des marchands pourront, en vertu de ces reconnoissances, les condamner sommairement de payer, sans qu'il soit besoin d'aucun exploit de demande, ni d'aucune formalité de justice.

STATUTUM REGNI NEAPOLITANI.

De Jure Quartæ.

DOs & quatra seu quarta peti non possunt absque instrumento dotali & instrumento quod Neapoli *Quartula* nuncupatur.

2. Contrà instrumentum autem dotale probatio nulla admittitur, præterquàm si mulier dotata decedens testata, illud quod secundùm Consuetudinem Neapolitanam relinquere potest, in ipsâ ultimâ reliquerit & probetur illud esse solutum.

3. Contrà instrumenta venditionum, donationum, oblationum, in emphyteusim concessionum, quietationum, transactionum, compositionum, & instrumenta (quæ Neapoli vocantur *Psalliæ*) probatio per testes nulla recipitur facienda per aliquem contrahentium vel successorem eorum universalem vel singularem, quod res videlicet, aliter gesta sit quàm quæ continentur in instrumento, dum tamen in possessione rei ex aliquâ ex prædictis causis translatæ, reperiatur ille cui instrumentum factum est, reservatâ alteri contrahentium potestate arguendi ipsum de falso si voluerit.

STATUT DU ROYAUME DE NAPLES.

Du Droit de Quarte.

LE payement de la dot, & la quarte ne pourra point être demandée en justice (par la femme ou ses héritiers) quand il n'y aura point eu d'instrument dotal, & que l'acte (appellé *Quartula* à Naples) n'aura point été passé.

On n'admettra aucune preuve contre ce qui est porté dans l'instrument dotal (dans lequel il n'est point dit que la femme a apporté aucune dot,) si ce n'est que la femme, que l'on soutient avoir été dotée, nait laissé, par son testament à quelqu'un, ce dont il lui est permis de disposer par son testament, suivant la Coutume de Naples, & qu'il y ait preuve que ce legs a été effectivement payé.

La preuve par témoins ne sera point admise contre ce qui se trouvera écrit dans les contrats qui concernent une vente, une donation, des offres, des quittances, des transactions ou actes, où l'on a composé de quelque différend, de bail emphyteutique, & des actes appellés à Naples *psalliæ*, soit que ce soit un de ceux qui est partie dans ces actes, ou leur héritier universel, ou à titre singulier, qui demandent à faire cette preuve; pourvu néanmoins que celui au profit duquel est cet acte, se trouve être en possession, en exécution d'iceux, réservant néanmoins la faculté aux autres qui, sont parties dans ces actes, de se pouvoir par inscription de faux, si bon leur semble.

TRAITÉ

TRAITÉ
DE
LA PREUVE
PAR TÉMOINS
EN MATIERE CIVILE.

LA juſtice & la vérité ſont inſéparables ; & s'il eſt néceſſaire de connoître la vérité pour rendre la juſtice, ce n'eſt qu'en ſuivant les régles de la juſtice, qu'il eſt aiſé de trouver la vérité. Que ſi quelquefois dans les queſtions de droit, quelques loix paroiſſent obſcures ; pour en trouver le véritable ſens, il n'y a qu'à leur donner celui qui paroît le plus équitable. Il n'en eſt pas de même dans les queſtions de fait, ce n'eſt pas aſſez d'être juſte pour en découvrir la vérité, parce qu'elle ne dépend point de l'équité de la loi, mais de l'évidence du fait, dont les circonſtances ſont preſque toujours obſcures & incertaines. Ce n'eſt pas que les legiſlateurs & les juriſconſultes ne ſe ſoient efforcés de nous marquer le chemin que nous

devons tenir dans ces occaſions, pour ſuivre la vérité qui nous échappe ; mais ce chemin ſe diviſe en pluſieurs routes ; les guides les plus éclairés ont peine à démêler quelle eſt la plus ſûre ; & la chicane a plus inventé de détours pour les cacher aux yeux des juges, qu'ils ne leur ont donné de régles pour la découvrir. Ces régles même ſont ſi bornées & ſi peu ſolides, que la loi leur a permis de s'en écarter, quand ils le jugent à propos ; en un mot, c'eſt parce qu'elle n'a pu prévoir tous les cas qui arrivent chaque jour, qu'elle a été obligée d'abandonner les juges à leurs propres lumieres dans les affaires épineuſes, où l'artifice & la fraude ne les trompent que trop ſouvent ; cependant c'eſt principalement dans ces queſtions de fait, que l'intérêt, ce ſéducteur habile, qui entre ſi adroitement dans tout ce que nous faiſons, nous engage à ſoutenir de mauvaiſes conteſtations, par l'eſpérance d'un gain imaginaire. Ingénieux à nous flater, il n'a pas de peine à donner aux choſes douteuſes telle face qu'il lui plaît, & il ſçait ſi bien nous faire valoir ce qu'il y remarque d'avantageux pour nous, qu'en nous tirant toujours de la thèſe générale, il nous fait prendre quelques circonſtances ſingulieres pour de juſtes raiſons de douter des maximes les plus communes & les plus certaines.

Ce fut auſſi pour prévenir le déſordre que pouvoit cauſer dans la ſociété civile l'incertitude des faits, que Moïſe, le premier des légiſlateurs, preſcrivit aux hommes la maniere de faire la preuve de la vérité par la dépoſition de deux témoins ; & l'on ne peut diſconvenir que cette preuve, comme la plus ſimple & la plus naturelle, ne fût auſſi la meilleure en ce tems-là, parce qu'il y avoit de la bonne foi parmi les hommes ; mais les mœurs ſe ſont tellement corrompues dans la ſuite des ſiécles ; le menſonge & la calomnie y ſont devenus ſi fréquens, que c'eſt avec raiſon que cette preuve ne trouve plus la même créance. Et s'il n'a pas été poſſible de la rejetter entiérement en matiere de crimes, parce qu'ils ne ſe peuvent prouver d'ordinaire que par témoins, c'eſt avec beaucoup de ſageſſe, qu'elle n'a été admiſe en France, en matiere de conventions, que dans celles de peu de conſéquence, ou ſeulement dans les cas où elle ſert à fortifier la preuve par écrit. L'abus même qu'on en faiſoit, paſſa juſqu'à un tel excès, dans le dernier ſiécle, que les parlemens envoyerent des

députés au roi Charles IX, pour s'en plaindre (*a*); ce qui l'obligea de la reſtreindre par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, dont la diſpoſition a été renouvellée depuis par celle de 1667.

Et parce que ces deux ordonnances n'ont été faites que pour prévenir la multiplicité des faits que les parties avoient coutume d'articuler, ce qui cauſoit une infinité de procès, & troubloit la tranquillité publique, il eſt évident que, pour prévenir encore aujourd'hui les mêmes deſordres que la chicane eſſaie de faire renaître, les juges qui ſont prépoſés pour décider de ſemblables conteſtations, & ceux que l'on conſulte les premiers pour ſçavoir ſi on doit les entreprendre, doivent s'attacher à connoître à fond quel eſt le véritable eſprit & l'étendue de ces deux ordonnances, & les exceptions qu'on leur peut donner, puiſque dans les cas où la preuve par écrit vient à manquer, il eſt d'une néceſſité indiſpenſable pour eux de ſçavoir bien diſtinguer quand la preuve par témoins doit être admiſe, & quand elle doit être rejettée.

Mais avant que d'entrer plus avant dans l'explication de cette matiere, il eſt à propos de faire deux choſes.

La premiere eſt de donner une notion de quelques termes généraux qui regardent la preuve par témoins, dont la connoiſſance eſt abſolument néceſſaire pour l'intelligence de ce Traité.

La ſeconde eſt d'examiner ſommairement quel rapport & quelles différences il y a entre les diſpoſitions de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, & les diſpoſitions des articles 2, 3, 4 & 5 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, qui concernent la même matiere. On connoîtra par cette comparaiſon, quelle eſt l'étendue & le véritable eſprit de ces deux ordonnances; & il ſera plus aiſé enſuite d'en faire l'application dans les différentes eſpeces qui ſeront propoſées dans ce Traité.

(*a*) Le Parlement de Toulouſe députa à l'aſſemblée des états tenus à Moulins, M. Daffis premier préſident, & le ſieur Sabat er ancien conſeiller, au ſujet de l'abus de la preuve par témoins; & ſur leurs remontrances fut dréſſé l'art. 54 de l'Ordonnance de Moulins. Maynard, liv. 6, ch. 76.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES
SUR LA PREUVE PAR TÉMOINS.

SOMMAIRE.

1. *Deux ſortes de vérités.*
2. *Vérité de principe.*
3. *Vérité de fait.*
4. *Définition de la preuve en général.*
5. *Diviſion en vocale, littérale, muette.*
6. *Deux ſortes de preuves muettes appellées Préſomptions.*
7. *Autre diviſion de la preuve en générale, en directe & oblique.*
8. *Subdiviſion de la preuve oblique en trois autres eſpeces.*
9. *Trois ſortes de faits à diſtinguer.*
10. *Faits notoires.*
11. *Faits incertains.*
12. *Faits impertinens.*
13. *Autre diſtinction des faits en affirmatifs & négatifs.*
14. *Trois ſortes de propoſitions négatives.*
15. *Même motif de l'ordonnance de Moulins, & de celle de 1667.*
16. *Mêmes termes.*
17. *Addition à l'ordonnance de Moulins, par celle de 1667.*
18. *Premiere différence au ſujet de la juriſdiction conſulaire.*
19. *Seconde différence pour le dépôt néceſſaire.*
20. *Troiſieme différence concernant le dépôt en général.*
21. *Quatrieme différence, touchant le commencement de preuve par écrit.*
22. *Cinquieme différence, touchant une queſtion décidée par l'art. 5 de l'ordonnance de 1667.*
23. *L'ordonnance de 1667 doit être obſervée préférablement à celle de Moulins.*

1. LA vérité eſt une & ſimple en elle-même ; néanmoins on peut la conſidérer par deux vues fort différentes.

2. Il y en a une qu'on peut appeller *vérité de principe*, qui porte ſa preuve avec elle, parce qu'elle eſt évidente par elle-

même, & indépendamment d'aucun fait de l'homme. C'eſt cette évidence qui fait la certitude des principes des ſciences & des arts ; & ce n'eſt point de cette vérité, dont il s'agit de faire la preuve en juſtice.

3. L'autre ſe peut nommer *vérité de fait*, laquelle eſt certaine auſſi par elle-même, parce qu'un fait ne peut arriver que d'une ſeule maniere ; ſi l'on en retranche les moindres circonſtances, ce n'eſt plus le même fait. Mais la certitude de cette vérité n'eſt pas toujours également connue, parce qu'elle depend de l'évidence des circonſtances, dont les apparences peuvent nous tromper. C'eſt à cauſe de cette incertitude des faits, que la loi a été obligée d'avoir recours à des preuves, pour en trouver la vérité. Par exemple, un homme d'une probité connue, ſoutient qu'il a prêté une ſomme à ſon ami. Ce fait eſt probable ; mais ſi cet ami, qui eſt auſſi en réputation d'être honnête homme, dénie ce prêt, alors ce premier fait devient douteux ; & parce que le prêt eſt une action libre, qui peut avoir été ou n'avoir pas été faite, il faut des preuves qui juſtifient lequel de ces deux faits, articulé par ces deux perſonnes, eſt véritable.

4. Il faut donc connoître ce que c'eſt qu'une preuve en juſtice ; & il ſemble qu'on peut la définir en général, *une conſéquence légitime qui réſulte d'un fait évident, dont la certitude fait conclure qu'un autre fait, dont on ignoroit la vérité, eſt véritable ou ne l'eſt pas* [*].

5. On la diviſe communément en trois eſpeces ; la preuve vocale, qui ſe tire de la dépoſition des témoins ; la preuve littérale, qui eſt fondée ſur des actes ſolemnels & authentiques ; & la preuve muette, qui n'eſt appuyée que ſur les préſomptions qui réſultent des circonſtances du fait [**] ; mais il faut obſerver qu'aucune de ces preuves n'eſt démonſtrative, quoique la loi les regarde comme certaines & indubitables.

[*] Cette définition eſt obſcure & mal conçue ; & elle ne donne pas une idée juſte de la choſe définie. En effet, on ne voit pas comment, par exemple, la preuve qui ſe tire de la dépoſition des témoins, peut être appellée *une conſéquence légitime qui réſulte d'un fait évident*, &c. Nous aimerions mieux la définition donnée par Domat. « On appelle, dit-il, preuves en » juſtice, les manières réglées par les loix » pour découvrir & pour établir avec » certitude, la vérité d'un fait conteſté. » Elle eſt courte, ſimple, claire, & préſente d'abord à l'eſprit l'idée de ce qu'elle veut définir.

[**] La confeſſion & le ſerment tiennent auſſi lieu de preuves. Voyez les notes des n°s 22, 23, 25, & 27 du ch. 1er, & le n° 32 du même ch.

Ainſi un acte authentique paſſé par-devant deux notaires, eſt une preuve inconteſtable, en juſtice, de la vérité de la convention faite entre deux parties, laquelle ſans cet acte pourroit être révoquée en doute ; & cependant cet acte peut être faux.

Ainſi quand deux témoins dépoſent qu'ils ont vu une certaine perſonne en tuer une autre en leur préſence, la loi condamne le meurtrier à la mort, quoique le témoignage de ces deux témoins puiſſe être faux.

6. A l'égard de la preuve muette, qui n'eſt fondée que ſur des préſomptions, parce que toutes celles dont la loi ſe ſert, ne ſont pas d'une égale certitude, les juriſconſultes en diſtinguent de deux eſpeces [*].

[*] On peut définir la préſomption un jugement que la loi ou l'homme portent ſur la vérité d'une choſe incertaine par une conſéquence tirée d'une autre choſe connue. Ces conſéquences ſont fondées ſur ce qui arrive communément & ordinairement. *Præſumptio ex eo quod plerumque fit. Cujac. in Paratitl. Cod. de Probat. & Præſumpt.*

Par exemple, la loi préſume qu'une dette a été payée, lorſque le créancier a rendu au débiteur ſon billet, parce que communément & ordinairement le créancier ne remet au débiteur ſon billet, qu'après le payement de la dette.

La préſomption diffère de la preuve proprement dite : celle-ci fait foi directement, & par elle-même, d'une choſe ; la préſomption en fait foi par une conſéquence tirée d'une autre choſe. Ceci s'éclaircira par des exemples. La foi que fait l'acte portant quittance du payement d'une dette, eſt une preuve littérale du payement de cette dette : la foi que font les dépoſitions des témoins qui ont vu le créancier recevoir de ſon débiteur la ſomme qui lui étoit dûe, en eſt une preuve vocale ; car la quittance & ces dépoſitions des témoins font foi par elles-mêmes, & directement, de ce payement ; mais la foi que les quittances des trois dernieres années de fermage fait du payement des années précédentes, eſt une préſomption, parce que ce n'eſt pas par elles-mêmes & directement que ces quittances en font foi, mais par une conſéquence que la loi tire du payement de ces trois dernieres années, que les précédentes ont été payées, laquelle conſéquence eſt fondée ſur ce qu'il eſt ordinaire de payer les anciens fermages avant les nouveaux.

L'on peut dire, en général, qu'une préſomption eſt plus ou moins forte, ſuivant que ce qu'on préſume eſt une ſuite plus ou moins néceſſaire de ce qu'on voit. Lorſque c'eſt une ſuite infaillible, la préſomption fait preuve : lorſque c'eſt une ſuite ordinaire, mais qui peut manquer, la préſomption eſt foible ; & lorſque c'eſt une ſuite rare, la préſomption n'eſt d'aucun poids.

M. Potier, dans ſon excellent Traité des Oblig. part. 4, ch. 3, §. 1, diſtingue trois ſortes de préſomptions. 1° *Præſumptiones juris & de jure.* 2° *Præſumptiones juris.* 3° Les préſomptions ſimples. Ce qu'il dit à ce ſujet eſt ſi profond & ſi lumineux, que nous ne croyons pouvoir rien faire de mieux que de le copier.

La définition de la préſomption, *Juris & de Jure* eſt tirée d'Alciat, dans ſon Traité des Préſomptions, part. 2, n. 3, *Diſpoſitio legis aliquod præſumentis, & ſuper præſumpto tanquam ſibi comperto ſtatuentis.* C'eſt une préſomption de la loi, dit-il, qui préſume qu'une certaine choſe eſt véritable & qui, par ſa ſeule autorité, veut que cette choſe paſſe pour une vérité, comme ſi elle en étoit elle-même convaincue. Elle eſt, dit Menoch. Tr. *de præſ. lib.* 1, *quæſt.* 3, appellée *præſumptio* JURIS, parce que, *à lege introducta eſt* ; & *de* JURE, parce que, *ſuper tali præſumptione, lex inducit firmum jus, & habet eam pro veritate.*

Ces préſomptions *Juris & de Jure* ont

La premiere eſt une préſomption néceſſaire, fondée ſur l'autorité de la loi, contre laquelle on n'admet point la preuve

quelque choſe de plus que la preuve littérale & vocale, & même que la confeſſion.

La preuve littérale, auſſi-bien que la vocale, peut être détruite par une preuve contraire; elle n'exclut pas celui contre qui elle milite, d'être écouté & reçu à faire, s'il le peut, la preuve du contraire.

Par exemple, ſi le demandeur qui ſe prétend mon créancier d'une ſomme de cent livres qu'il prétend m'avoir prêtée, produit une obligation devant notaires, par laquelle j'ai reconnu qu'il me l'avoit prêtée, la preuve littérale qui réſulte de cette obligation, peut être détruite par une preuve contraire; & elle ne m'exclut pas d'être écouté à faire, ſi je le peux, la preuve du contraire, *putà*, en rapportant une contre-lettre, par laquelle vous auriez reconnu que je n'ai pas reçu la ſomme portée par ladite obligation.

Il en eſt de même de la confeſſion, quoique faite *in Jure;* la preuve qui en réſulte, peut être détruite par la preuve que peut faire celui qui l'a faite, que c'eſt une erreur qui y a donné lieu.

Au contraire, les préſomptions *Juris & de Jure* ne peuvent être détruites, & la partie contre qui elles militent n'eſt pas admiſe à prouver le contraire, parce que quand la loi a porté ſon jugement ſur une choſe, elle ne peut être démentie; d'où eſt venue la maxime que la preuve du contraire n'eſt pas reçue contre la préſomption *Juris & de Jure*.

La principale eſpece de préſomption *Juris & de Jure* eſt celle qui naît de l'autorité de la choſe jugée. L'autorité de la choſe jugée fait préſumer vrai & équitable, tout ce qui eſt contenu dans le jugement. *Res judicata pro veritate habetur.*

La préſomption qui naît du ſerment déciſoire, eſt auſſi une eſpece de préſomption *Juris & de Jure*. Voyez au ſujet de ce ſerment, les notes des nos 22 & 23 du ch. 1.

2° Les préſomptions de droit ſont auſſi établies ſur quelque loi, ou par argument de quelque loi, ou texte de droit, & ſont, pour cela, appellées *Præſumptiones juris:* elles font la même foi qu'une preuve; & elles diſpenſent la partie en faveur de qui elles militent, d'en faire aucune, pour fonder ſa demande ou ſes défenſes; mais, & c'eſt en cela qu'elles diffèrent des préſomptions *Juris & de Jure*, elles n'excluent pas la partie contre qui elles militent d'être reçue à faire la preuve du contraire; & ſi cette partie vient à bout de la faire, elle détruit la préſomption.

Lorſque deux perſonnes d'une même province, dont la coutume admet la communauté de biens entre homme & femme ont contracté mariage, il y a une préſomption de droit qu'elles ſont convenues d'une communauté de biens, telle que la coutume l'admet; la femme qui, en conſéquence, demande part aux héritiers de ſon mari dans les biens qu'il a acquis, n'a pas beſoin de faire aucune preuve de cette convention.

Cette préſomption n'étant pas *Juris & de Jure*, elle diſpenſe bien de faire la preuve de la convention de communauté; mais elle n'exclut pas la preuve du contraire, qui peut ſe faire par un contrat de mariage, qui porte une clauſe d'excluſion de communauté.

La loi 2, §. 1, ff. *de Pact.* nous fournit encore un exemple d'une préſomption de droit. Cette loi préſume qu'une dette eſt acquittée, lorſque le créancier a rendu au débiteur ſon billet: elle eſt fondée ſur ce qu'il n'eſt ni ordinaire, ni vraiſemblable, qu'un créancier rende le billet avant qu'il ſoit acquitté; n'étant pas *Juris & de Jure*, elle n'exclut pas le créancier de faire preuve que la dette n'a pas été payée. Il en eſt de même de la préſomption de payement qui réſulte de ce que le billet du débiteur ſe trouve barré, &c.

Cette préſomption peut être détruite par une preuve que le créancier feroit, que la dette n'a pas été payée, ou que c'eſt par erreur que le billet a été barré, & qu'il n'a pas été réellement acquitté.

3° Les préſomptions ſimples, & qui ne ſont pas établies par la loi, ne forment pas ſeules & par elles-mêmes une preuve; elles ſervent ſeulement à confirmer, & à completter la preuve qui réſulte d'ailleurs.

Quelquefois pourtant le concours de ces préſomptions réunies enſemble équipolle à une preuve. Papinien, en la loi 26, ff. *de Probat.* en rapporte un exemple: une ſœur étoit chargée envers ſon frere,

du contraire, c'eſt celle que les juriſconſultes ont appellée *Préſomption de droit, & autoriſée par le droit.* (*Præſumptiones juris & de jure.*) Et elle s'appelle proprement une preuve.

La ſeconde eſt une préſomption dont la certitude n'eſt fondée que ſur le raiſonnement ou ſur des faits étrangers, dont la liaiſon avec le fait qu'il s'agit de prouver, n'eſt pas tellement néceſſaire, que la vérité de l'un ſoit une conſéquence de la vérité de l'autre; & les juriſconſultes l'ont appellée ſimplement, *préſomption de droit*, (*Præſumptiones juris*,) & ne lui donnent jamais le nom de preuve.

L. 34. C. ad leg. Jul. de Adult.

Il y a un exemple *des préſomptions de droit & autoriſées par le droit*, dans une des loix du Code Juſtinien. Deux perſonnes accuſées d'adultere, s'étoient fait décharger de cette accuſation, en prouvant qu'elles étoient proches parentes, & qu'ainſi on ne devoit pas préſumer qu'elles euſſent commis un ſi grand crime. Dans la ſuite, ces deux perſonnes ſe marierent enſemble. Cette loi regarde ce mariage comme une *préſomption de droit, & autoriſée par le droit*, c'eſt-à-dire comme une preuve parfaite de la vérité de l'accuſation intentée contr'elles; & elle décide qu'on doit les punir comme adulteres ſur cette ſeule préſomption; de telle ſorte que la preuve du contraire n'auroit pas été admiſe en cette eſpece.

Il y a un exemple *de la preuve imparfaite, ou ſimple préſomption de droit*, dans la loi 5, *ff. De in jus voc.* Elle décide qu'un enfant né durant le mariage de deux perſonnes, eſt leur fils légitime; (*Pater eſt quem nuptiæ demonſtrant;*) mais parce que cette préſomption en faveur de l'enfant, n'eſt établie que ſur d'autres préſomptions, qui ſont l'honnêteté du mariage, & la fidélité que la loi préſume entre les conjoints, leſquelles préſomptions ſont incertaines, & peuvent aiſément être détruites par la preuve des faits contraires, (comme par l'abſence du mari, pendant pluſieurs années, du lieu où demeuroit ſa femme,) &c.

Mathæus *de Probat. cap.* 1, *n.* 43, & ſuiv. examine les préſomptions de la filiation légitime, L. *Filium*, ff. *l.* 1. T. 1.

de la reſtitution d'un fidéicommis; après la mort du frere, il étoit queſtion de ſçavoir ſi le fidéicommis étoit encore dû par la ſœur; & il tire la préſomption de la remiſe de trois circonſtances, 1° de l'union entre le frere & la ſœur; 2° de ce que le frere avoit vécu fort long-temps ſans le demander; 3° de ce qu'on rapportoit un très-grand nombre de comptes faits entre le frere & la ſœur, ſur les affaires reſpectives qu'ils avoient enſemble, dans aucun deſquels il n'y en avoit aucune mention. Chacune de ces circonſtances, priſe ſéparément, n'auroit formé qu'une ſimple préſomption, inſuffiſante pour faire décider que le défunt avoit remis la dette; mais leur réunion a paru à Papinien une preuve ſuffiſante de cette remiſe.

Les ſimples préſomptions ſont fondées ſur les indices, les conjectures, &c.

Cette

Cette préſomption de la loi ne doit pas être miſe au nombre de celles qui ſont certaines & infaillibles.

On peut dire que l'ordonnance de 1556 ne ſe détermine que par une ſimple préſomption de droit, quand elle ordonne qu'une fille qui a celé ſa groſſeſſe & la naiſſance de ſon enfant, qu'elle ne repréſente point, ſoit punie de mort ; car c'eſt ſur la ſeule préſomption, qu'elle tire de ces deux faits, qu'elle conclut que cette fille lui a ôté la vie. Cependant il faut convenir que cette préſomption, quoiqu'écrite dans l'ordonnance, n'eſt pas toujours infaillible, puiſqu'il pourroit y avoir une preuve, même par écrit, que cet enfant eſt mort dans le ventre de ſa mere, ou qu'il eſt décédé depuis ſa naiſſance d'une mort naturelle [*].

7 Duaren, *Diſp. anniverſ. l.* 1, *ch.* 27, fait une autre diviſion des preuves en deux eſpeces qu'il ne faut pas omettre ; *la preuve directe*, qui prouve préciſément le fait dont il s'agit, ſoit par des actes authentiques, ou par témoins ; & *la preuve oblique* ou *indirecte*, quand le fait dont il s'agit n'eſt pas prouvé préciſément par les actes, ou par la dépoſition des témoins, mais un autre fait de la preuve duquel on peut tirer une conſéquence de la vérité de celui dont il s'agit.

8. Il diviſe cette derniere eſpece de preuve, en trois autres.

La preuve néceſſairement véritable : Par exemple, qu'une perſonne n'a point paſſé une obligation à Paris, un certain jour, quand il eſt prouvé que, ce même jour, elle étoit à Bourges.

[*] Il eſt évident que la preuve par témoins peut & doit être reçue à ce ſujet, & qu'ainſi la preuve par témoins peut être reçue contre une préſomption.

En général, c'eſt ici une route obſcure & épineuſe où les juges ne doivent marcher qu'avec beaucoup de précautions. Ils doivent ſe ſouvenir de ce que preſcrit le capitulaire 186 de Charlemagne : *Nullum ſuſpicionis arbitrio judicet ; priùs quidem probet, & ſic judicet ; non enim qui accuſatur, ſed qui convincitur, reus eſt.* S. Louis, dans ſon ordonnance de 1254, défend également d'avoir égard aux préſomptions. M. D'Agueſſeau s'explique là-deſſus avec autant de ſolidité que d'éloquence. « Tout » l'art de l'eſprit humain, dit-il, toute la » prudence des magiſtrats conſiſte à tirer » d'un fait connu une conſéquence cer- » taine, qui faſſe parvenir à la connoiſ- » ſance d'un fait douteux. Les préſomp- » tions ne ſont fondées que ſur la liaiſon » naturelle qui eſt entre la vérité connue, » & la vérité que l'on cherche ; & comme » cette liaiſon peut être plus ou moins né- » ceſſaire, il eſt évident que les préſomp- » tions peuvent être auſſi plus ou moins » infaillibles, & que ce degré de certitude » dépendra du rapport qui ſera entre le » fait que l'on connoit & celui que l'on » ignore. De ce principe naiſſent deux ca- » racteres eſſentiels à la préſomption, » pour qu'elle ſoit déciſive, juſqu'à ce qu'elle » ſoit détruite par des preuves certaines : » le premier, qu'elle ſoit fondée ſur une » liaiſon néceſſaire du fait que l'on con- » noît, avec celui que l'on veut prouver : » le ſecond, qu'elle ſoit autoriſée par la » loi. »

La preuve qui n'eſt que vraiſemblable ; comme celle fondée ſur une préſomption de droit, par exemple, que celui-là eſt fils de Titius, qui eſt né de ſa femme durant ſon mariage, ou que la promeſſe qui ſe trouve rayée & cancellée, eſt acquittée : car dans ces deux cas, cette preuve réſulte d'une conſéquence que tire la loi d'un fait certain, c'eſt à-dire de la naiſſance d'un fils pendant le mariage, & de ce que la promeſſe ſe trouve rayée & cancellée.

Et *la preuve qui ne répugne pas*, c'eſt-à-dire qui n'eſt fondée que ſur une legere conjecture : Par exemple, qu'un vol a été commis par celui qui demeuroit dans le logis où la choſe a été volée. Sur quoi Duaren remarque que ces ſortes de preuves fondées ſur des conjectures légeres, ne rejettent point la preuve ſur celui auquel elles ſont contraires ; quoiqu'elles puiſſent être de conſéquence, quand elles ſont jointes à d'autres préſomptions plus fortes. Et il ajoûte avec raiſon, que c'eſt au juge à faire la différence entre ces trois ſortes de preuves, parce qu'il n'y a aucune loi qui ait déterminé préciſément en quoi conſiſtoient ces différens degrés de preuve.

Et hæc quidem ſigna, per ſe admodum infirma ſunt, nec onus probandi ejiciunt in adverſarium.

Quæ argumenta, ad quem modum probandæ cuique rei ſufficiant, nullo certo modo ſatis definiri poteſt. L. Teſtium, ff. de Teſtibus.

Il faut obſerver encore, qu'il arrive quelquefois certains cas où la vérité eſt ſi difficile à découvrir, que la loi nous diſpenſe d'en rapporter, non ſeulement des preuves certaines, qu'elle appelle, comme il vient d'être dit, *des préſomptions de droit, & autoriſées par le droit* : mais même elle n'exige pas les preuves qu'elle nomme *de ſimples préſomptions de droit*, & elle ſe contente d'indices & de conjectures, qui ne font qu'une legere préſomption, & qui ne méritent pas le nom de Preuves.

Ainſi quand il s'agit de la filiation, elle décide que ſi un Teſtateur, par exemple, a inſtitué Titius pour ſon héritier, à la charge qu'il ſeroit tenu de faire preuve qu'il eſt ſon fils légitime ; cette condition appoſée dans ſon teſtament le rend nul parce qu'elle n'eſt pas poſſible dans ſon exécution. [*] En un mot, il établit pour maxime, qu'il y a des cas dans leſquels on ne peut prouver les faits, & dans leſquels néanmoins on ne doit pas laiſſer de ſe déterminer par des conjec-

L. Lucius Titius, ff. de Condit.

L. non omnis, ff. de Re militari.

Sed licèt hoc liquidò conſtare non poſſit, argumento tamen cognoſcendum eſt.

[*] L'auteur s'eſt trompé ; une condition impoſſible ne rend pas le teſtament nul : il n'y a que la condition qui ſoit nulle, & le legs eſt réputé comme s'il étoit fait ſans condition. *Obtinuit impoſſibiles conditiones in teſtamento adſcriptas pro non ſcriptis habendas. l. 3, ff. de Cond. & Dem.*

tures. On ne s'étendra pas ici ſur les qualités différentes que doivent avoir ces différentes preuves, il en ſera parlé plus amplement dans le Chapitre VI de la premiere Partie de ce Commentaire, qui traite des Contrats ſimulés.

9. Il ne reſte plus qu'à diſtinguer trois ſortes de faits en général, qui comprennent tous ceux dont on peut demander à faire la preuve par témoins.

10. *Les faits notoires*, c'eſt à-dire *évidens*, qui n'ont pas beſoin de preuves, & de la vérité deſquels chacun eſt convaincu par ſoi même. On en diſtingue de trois ſortes, *Notorium facti, juris, & præſumptionis.* Il ne s'agit ici que de ce qui eſt notoire de fait; Par exemple, un meurtre fait dans une place publique en plein jour, en préſence de tout le peuple, & aux yeux même du juge, eſt un fait notoire, parce qu'il ne peut pas être révoqué en doute; cependant le juge qui a vu commettre ce meurtre, ne peut condamner le coupable à la mort ſur la propre certitude qu'il a de ſon crime, il faut qu'il y ait un accuſateur, qu'il entende des témoins, & qu'il garde les mêmes formalités que ſi ce meurtre n'étoit pas notoire, par ce que ce crime ne lui eſt connu qu'en qualité de témoin; & non pas en qualité de juge.

Jean Faber, qui a expliqué dans la préface ſur les Inſtituts, n. XI, ce que l'on doit tenir pour notoire, donne une régle générale ſur cette matiere, pour ſçavoir quand la preuve & l'inſtruction judiciaire ſont requiſes en ce cas, ou quand elles ne le ſont pas. Dans le doute, dit il, ſi la choſe doit être réputée notoire ou non, il eſt plus à propos d'ordonner la preuve, & de faire l'inſtruction à l'ordinaire, mais ſi la choſe eſt tellement notoire qu'il fût ridicule de la prouver, en ce cas il faut s'en diſpenſer. Cette opinion eſt celle de Jean, ancien gloſſateur du droit, contraire à celle de Martin, qui ſoutenoit que le juge devoit juger ſuivant ce qu'il ſçavoit en conſcience. Voyez Pereſius, *l.* 1, *Cod. T.* 40, *n.* 9.

11. Il y a des *faits incertains* où la preuve eſt néceſſaire. Tels ſont tous ceux qui dépendent de la volonté de l'homme, & ceux qui dépendent du hazard.

12. Il y a des *faits* que l'on appelle *impertinens*, c'eſt-à-dire ſuperflus & étrangers à la conteſtation, dont la preuve ne doit jamais être admiſe, parce que c'eſt une maxime cer-

Notorium eſt quòd omnibus conſtare poteſt & colore nullo offuſcatur nec probatione indiget, dit Alciat, *de Rer. ſig. Lege* 33. La maxime, *Judex debet judicare ſecundùm allegata & probata*, eſt tirée de la L. *Illicita*, *ff. de Offic. præſid.*

Millæus in Pract. crim. de notorio. Quia quando delictum committitur in præſentiâ judicis extrà tribunal, non eſt ei notorium crimen ut judici ſed ut privato, & tunc eſt neceſſaria probatio, &c.

In dubio ſecurius judico ordinem judiciarium obſervari, ne fortè reputetur notorium quod non eſt & annihilaretur proceſſus niſi eſſet ità notorium evidenter quod eſſet ridiculum ordinem judiciarium obſervare.

taine ſur cette matiere, qu'il eſt inutile de prouver un fait dont la vérité, quand elle ſeroit prouvée, ne pouroit ſervir pour décider la conteſtation.

Fruſtra probatur quod probatum non relevat. Cette maxime eſt fondée ſur la Loi 21, C. *de Probat.*

13. Enfin il faut diſtinguer deux autres ſortes de faits, dont on peut demander la preuve, ſçavoir, *les faits affirmatifs* & *les faits négatifs :* Par exemple, ſi je ſoutiens que j'ai fait une choſe, c'eſt *un fait affirmatif*, qui peut être prouvé ; au contraire, ſi je ſoutiens que je n'ai pas fait une choſe, c'eſt un fait négatif dont la preuve n'eſt pas même poſſible. Il n'y a pas de difficulté que les faits affirmatifs ne puiſſent être prouvés, ſoit par témoins, ſoit par écrit, l'ordonnance n'ayant défendu la preuve que des conventions ; mais pour ce qui eſt des faits négatifs, la preuve n'en peut être admiſe, parce qu'une négation n'ayant rien de réel par elle-même, qui tombe ſous le ſens, elle ne ſe peut prouver ni par témoins ni par écrit. C'eſt ce qui eſt décidé par la Loi *Actor C. de Teſt.*

Actor quod aſſeverat probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit; cùm per rerum naturam factum negantis, probatio nulla ſit.

14. Il faut néanmoins diſtinguer trois ſortes de propoſitions négatives ; l'une *de fait*, l'autre *de droit*, & celle que les docteurs appellent *de qualité.*

La négative *de fait*, régulièrement ne ſe peut prouver ; comme il vient d'être dit, ſi ce n'eſt qu'avec cette négative on articule un fait réel & poſitif. Par exemple, ſi je ne demande pas ſeulement à faire preuve que je n'ai point promis verbalement de payer une certaine ſomme, mais que j'ajoûte que je ne l'ai point promis un tel jour, & en un tel lieu ; en ce cas, parce que je réduis le fait négatif que j'avance à deux circonſtances particulieres du tems & du lieu, qui ſont des faits poſitifs, je puis être reçu à faire la preuve, que ce même jour, j'étois éloigné de ce lieu-là de cent lieues, à l'effet de conclure que je n'ai point promis cette ſomme [*].

La négative *de droit*, ou la propoſition par laquelle on nie

[*] La négative de fait ſe prouve ou par l'*alibi*, en faiſant voir, que dans le tems que s'eſt paſſée la choſe que l'on nous impute, nous étions ailleurs que dans l'endroit où elle s'eſt paſſée, ou par les circonſtances du fait ; comme ſi une perſonne qu'un témoin dépoſeroit avoir vu tuer un homme au clair de la lune, prouvoit que, ce jour-là, il ne faiſoit pas clair de lune, ou par la qualité des choſes ou des perſonnes ; comme lorſque quelqu'un prouve qu'une écriture dont on veut ſe ſervir contre lui, n'eſt pas la ſienne, en la comparant avec ſon écriture qu'il produit. De même, ſi Pierre étoit accuſé d'avoir abuſé d'une fille, & qu'il fût prouvé qu'il eſt impubere ou impuiſſant.

La loi Salique, dit M. de Monteſquieu, Eſpr. des loix, t. 3, p. 297, n'admettoit pas l'uſage des preuves negatives, c'eſt-

qu'un acte ſoit légitime, ou qu'une perſonne ait droit ſur une certaine choſe, ſe peut auſſi prouver.

La négative *de qualité*, ou la propoſition par laquelle on nie qu'une certaine choſe ſoit de la qualité qu'on lui attribue : Par exemple, ſi on nie qu'un fonds ſoit tenu en roture ou en fief, ou qu'une perſonne ſoit héritier, ainſi qu'on l'articule, peut auſſi être prouvée, quoique ce ſoit une propoſition négative.

Ces diſtinctions ſont établies par les docteurs, ſur la Loi *Actor*, ci-deſſus citée. Il ſuffit de les avoir marquées, en paſſant, comme des exceptions de la maxime générale, qu'une négative ne ſe peut prouver.

Petrus de Ferrariis in Prax. Gloſſ. 8, T. 12. Perezius, C. T. 19, de Prob. Et Godefroi, ſur la Loi *Actor*; & *Lazius de Action.*

15. A l'égard de la conformité & de la différence qu'il y a entre les diſpoſitions de l'ordonnance de Moulins & de l'ordonnance de 1667, touchant la preuve par témoins, il faut obſerver.

1° Qu'elles ont été toutes deux conçues par le même motif, c'eſt-à-dire, pour éviter la multiplicité des faits dont on pourroit demander à faire la preuve, & la facilité des témoins à ſe laiſſer corrompre ; car, quoique ce motif ne ſoit pas répété dans l'ordonnance de 1667, il eſt pourtant évident qu'elle n'a renouvellé les défenſes portées par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, que dans la même vue, parce qu'il eſt certain que ſi la preuve par témoins étoit reçue indifféremment, la chicane ne manqueroit pas de s'en ſervir encore pour ſurprendre la religion des juges, comme elle faiſoit avant l'ordonnance de Moulins.

16. 2° Ces deux ordonnances conviennent auſſi dans les termes de leur diſpoſition, en ce qu'il eſt ordonné par l'une & par l'autre, que, de *toutes choſes excédant la ſomme ou valeur de cent livres, il ſera paſſé acte par-devant Notaire.* Il eſt vrai que l'ordonnance de Moulins n'a point mis ces mots,

à-dire que, par la loi Salique, celui qui faiſoit une demande ou une accuſation, devoit la prouver, & qu'il ne ſuffiſoit pas à l'accuſé de la nier ; ce qui eſt conforme aux loix de preſque toutes les nations du monde.

La loi des Francs Ripuaires avoit tout un autre eſprit : elle ſe contentoit des preuves négatives ; & celui contre qui on formoit une demande ou une accuſation, pouvoit, dans la plûpart des cas, ſe juſtifier, en jurant, avec certain nombre de témoins, qu'il n'avoit pas fait ce qu'on lui imputoit. Le nombre des témoins qui devoient jurer, augmentoit ſelon l'importance de la choſe ; il alloit quelquefois à ſoixante-douze. Les loix des Allemands, des Bavarois, des Thuringiens, celles des Friſons, des Saxons, des Lombards & des Bourguignons, furent faites ſur le même plan que celles des Ripuaires

ou actes ſous ſignature privée, comme celle de 1667, mais elle a ajoûté qu'elle n'*exclut point les preuves des conventions particulieres, & autres, qui ſeront faites par les parties ſous leur ſeing, ſceaux & écritures privées*, par leſquels mots elle a entendu dire la même choſe que celle de 1667.

Enfin l'une & l'autre ordonnance ſe ſont expliquées en termes également précis, quand elles ont défendu la preuve par témoins ; *outre le contenu au contrat ou actes, & ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit, avant, lors ou depuis.*

17. L'ordonnance de 1667 a ajoûté ſeulement ces mots : *Encore qu'il s'agît d'une ſomme ou valeur moindre de cent livres* ; ce qu'elle n'a fait que pour prévenir la fraude que l'on pourroit faire à la diſpoſition de l'ordonnance de Moulins, en articulant, par exemple, contre une obligation pluſieurs payemens au-deſſous de cent livres, à l'effet de demander d'en faire la preuve par témoins ; ce qui ſeroit contrevenir à l'eſprit de l'ordonnance de Moulins, & au principe de droit, qui y eſt conforme, ſçavoir que la preuve par témoins n'eſt point reçue contre un acte par écrit. Ainſi ce que dit le Grand ſur la Coutume de Troyes, art. 164, n. 28, que la libération étant favorable, le débiteur doit être reçu à vérifier par témoins le payement de pluſieurs ſommes particulieres, ne doit pas avoir lieu, ſi ce n'eſt qu'il y eût fraude viſible dans la dénégation que feroit le créancier des payemens ; & cette queſtion touchant la quittance, ſera traitée dans le dernier Chapitre de cet ouvrage.

Quant aux différences que l'on peut remarquer entre ces deux ordonnances ;

18. La premiere, eſt en ce que l'ordonnance de 1667 ajoûte une exception à celle de Moulins, en déclarant par l'article 2, du T. 20, qu'elle n'entend rien innover en ce qui s'obſerve en la juſtice des juges & conſuls des Marchands [*] ; ſur quoi on peut remarquer qu'avant de publier cette ordonnance, les juges & conſuls furent mandés par MM. les commiſſaires, pour ſçavoir d'eux quel étoit leur uſage au ſu-

[*] C'eſt à-dire, dans les affaires conſulaires qui ſe paſſent de marchand à marchand, pour fait de marchandiſe ; ce qui eſt fondé ſur ce que les livres des marchands où ces marches ſont inſcrits, ſont une eſpece de commencement de preuve par écrit, & ſur la faveur du commerce. M. Jouſſe. Comment. ſur l'art. 20 du tit. de l'ordonnance de 1667.

jet de l'ordonnance de Moulins, dans leur juriſdiction. Le procès-verbal de rédaction de cette ordonnance porte, qu'ils répondirent que cette ordonnance n'y étoit point obſervée à la rigueur, mais que néanmoins ils ne permettoient pas indifféremment la preuve par témoins; ce qui ſe régloit par la qualité des perſonnes & des circonſtances du fait [*]: ils en uſent encore à préſent de la même maniere, depuis cette ordonnance; & cet uſage eſt toléré à cauſe de la bonne foi du commerce, qui ne permet pas de rédiger par écrit toutes les conventions qui ſe paſſent entre marchands, leſquelles ſe conſomment en un moment par le conſentement verbal de ceux qui négocient enſemble, & par la tradition: néanmoins il y a des exceptions particulieres de cet uſage pour ce qui concerne les lettres & billets de change, qui doivent être rédigés par écrit, & autres cas, dont il ne s'agit pas à préſent, & dont il ſera parlé au Chapitre qui traite des Livres des Marchands.

19. La ſeconde différence entre ces deux ordonnances, eſt en ce que la derniere, par l'article 3, comprend dans ſa prohibition le dépôt volontaire, dont la premiere n'avoit point parlé. La raiſon de l'ordonnance eſt que ce dépôt ſe fait en pleine liberté, & qu'ainſi celui qui le fait, ſans le rédiger par écrit, eſt préſumé avoir voulu ſuivre aveuglément la foi du dépoſitaire, qui eſt d'ordinaire ſon intime ami.

Lorſqu'on publia cette ordonnance, on oppoſa à cette diſpoſition le ſentiment de M. Cujas en ſes *Paratitles*, T. *Depoſit.* lequel a cru qu'on en devoit excepter le dépôt, parce qu'en obligeant ainſi celui qui le fait, de prendre une reconnoiſſance du dépoſitaire, c'eſt l'obliger de bleſſer la foi qu'il doit à ſon ami, & violer le ſecret du dépôt.

Cependant il eſt certain que c'eſt avec beaucoup de raiſon que l'ordonnance de mil ſix cent ſoixante-ſept a compris nommément le dépôt dans ſa prohibition, parce que ſi cette preuve étoit permiſe, ce ſeroit expoſer au pillage les biens des particuliers, par la facilité de trouver des témoins cor-

[*] Il ne faut pas conclure, dit l'auteur que nous venons de citer de la diſpoſition de cet article, qu'on doit admettre indiſtinctement dans toutes ſortes de cas la preuve par témoins dans les juriſdictions conſulaires; cette preuve n'y doit être admiſe que lorſqu'elle eſt aidée de quelques adminicules, & ſelon la qualité des affaires & des perſonnes. *Voyez* le Procès-verbal de l'ordonnance, pag. 217.

rompus, qui dépoſeroient fauſſement avoir vu faire le dépôt ; & le motif de l'ordonnance n'a été en cela, que de prévenir les inconvéniens de cette bonne foi, dont il n'arrive encore que trop d'exemples.

20. La troiſieme différence ſe peut tirer des articles 3 & 4 de la nouvelle ordonnance, qui font la diſtinction du dépôt néceſſaire d'avec le dépôt volontaire ; celle de Moulins n'exceptoit ni l'un ni l'autre ; & cette omiſſion n'étoit pas juſte, puiſque celui qui fait un dépôt néceſſaire dans le péril éminent d'une ruine, d'une incendie ou d'un naufrage, ſe trouvoit ainſi tacitement obligé par cette ordonnance de prendre une reconnoiſſance par écrit de celui auquel il étoit forcé de le confier, ſinon elle lui refuſoit tacitement la preuve par témoins, en ne l'exceptant pas de la prohibition générale. Cependant il eſt certain que, dans de ſemblables conjonctures, perſonne ne choiſit le dépoſitaire. Celui que la néceſſité preſſe, ne fait, en quelque ſorte, ni ce qu'il veut ni ce qu'il peut. La crainte trouble ſa raiſon ; &, comme il n'a pas le loiſir de délibérer, il eſt contraint de confier ce qu'il a de plus précieux au premier qui s'offre à lui pour le garder, ſans diſtinguer s'il eſt ami ou ennemi, & ſans qu'il ait le tems de prendre de lui aucune ſûreté. Auſſi l'ordonnance de Moulins n'a pas même été obſervée en ce cas ; & la preuve par témoins n'étoit point refuſée à ceux qu'un accident imprévu avoit obligé de ſe fier, malgré eux, au premier venu, ainſi que le remarque Boiceau dans le Chapitre qui parle du Dépôt.

L'article 4 de l'ordonnance de 1667 met au nombre des dépôts néceſſaires, celui fait dans une hôtellerie par un voyageur, parce qu'il le fait par une eſpece de néceſſité, & ſans choix de la perſonne du dépoſitaire.

L'ordonnance de 1667 excepte auſſi, en général, tous les cas d'accidens imprévus, auxquels on ne pourroit avoir fait des actes ; ce que celle de Moulins n'avoit point expliqué.

21. L'ordonnance de 1667 ajoûte encore que lorſqu'il y aura un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins ſera reçue : celle de Moulins n'avoit pas fait cette reſtriction importante en termes ſi précis ; mais elle n'excluoit pas auſſi, comme il a été dit, la preuve des conventions ſous ſignature privée.

22.

22. Enfin l'article 5 de l'Ordonnance de 1667 a décidé une queſtion que celle de Moulins avoit laiſſée indéciſe, & dont Boiceau a formé la difficulté dans le Chapitre dernier de la premiere Partie, pour ſçavoir ſi la preuve par témoins eſt admiſſible quand une perſonne, par un ſeul exploit, fait demande de pluſieurs ſommes, dont aucune n'excede celle de cent livres; ce qui ſera examiné dans le Chapitre ci-deſſous marqué.

23. Au reſte, l'ordonnance de 1667 doit être obſervée préférablement à celle de Moulins dans les choſes qu'elle y a ajoûtées, ou dans leſquelles elle n'y eſt pas conforme, parce qu'elle eſt poſtérieure, & qu'elle eſt vérifiée dans tous les parlemens du royaume.

PRÉFACE

DE MAISTRE JEAN BOICEAU; dans laquelle il explique la cauſe qui a donné lieu à l'article 54 de l'Ordonnance de Moulins, & la diviſion de ſon Ouvrage.

SOMMAIRE.

1. *L'ordonnance de Moulins parut d'abord odieuſe.*
2. *Excellence de la preuve par témoins.*
3. *Ancienne forme des actes.*
4. *A Rome les parties & les avocats interrogeoient les témoins.*
5. *Notre uſage en matiere criminelle.*
6. *Différence entre les perſonnes des témoins.*
7. *L'ordonnance de Moulins reçue favorablement dans la ſuite.*
8. *Motif de cette ordonnance.*
9. *Foi des témoins devenue ſuſpecte.*
10. *Diviſion de ce Commentaire en deux Parties.*

POUR OBVIER A LA MULT.

1. CETTE ordonnance de Charles IX ne fut pas plutôt publiée, qu'elle parut à pluſieurs dure, odieuſe & & contraire au droit civil.

Dure, en ce qu'elle ſembloit rejetter les marchés qui ſe paſſent entre les perſonnes du menu peuple, s'ils n'étoient paſſés par écrit; quoique ces ſortes de marchés ſe ſoient toujours faits librement, (& ſans aucune ſolemnité): de telle ſorte qu'elle oblige ceux qui font quelque convention, de mener (pour ainſi dire) par-tout un Notaire avec eux, en leur défendant d'en faire aucune qui excède cent livres, ſi ce n'eſt en ſa préſence; ce qui certes paroît ſi difficile, qu'il doit être regardé comme une choſe impoſſible, laquelle perſonne ne peut être obligée d'exécuter. A quoi ſe peut rapporter ce que diſoit Platon, que le Légiſlateur en établiſſant des Loix, ne devoit pas ſeulement uſer d'autorité & de ſageſſe, mais encore de modération & de prudence; car les bonnes Loix ne doivent point être dures ni ſeveres, & la ſévérité eſt oppoſée à l'humanité qui doit faire le caractère du Légiſlateur. C'eſt par cette raiſon que les Loix de Dracô ne furent pas long-tems obſervées, dit Plutarque, parce qu'elles étoient trop rigoureuſes.

Odieuſe, en ce qu'elle reſtraint de telle ſorte les preuves (que tous les Légiſlateurs ont eſſayé d'étendre autant qu'ils ont pû) qu'en défendant la preuve par témoins, elle a, ce

a *L. Nobiliores. C. de Commer. & Mercat.*

b. *L. Cùm hæres § primo. ff. de ſtat. liber. l. Cùm ſanè ff. de his qui dejec. vel. effud.*

c *L. Impoſſibilium De reg. jur.*

d *Lib. 4, de Legibus.*

e *Notatur in l. Leges ſacratiſſimæ, C. de leg. l. nulla ff. eodem.*

f *In Vitâ Solonis.*

g *L. ult. C. de hæret. & Manich. l. Generaliter C. de reb. cred. l. Servi ff. de Teſtib.*

CUM primùm nata & promulgata fuit hæc Caroli IX regia ſanctio, plebiſque viſa eſt, & dura, & odioſa, & juri contraria.

Dura, quòd hominum mercimonia, alioqui inter plebeïos libera, *a* ad certam limitatamque contrahendi formam reſtringere videretur: ſcilicet, ut nonniſi circumducto ubique locorum tabellione, de re quâcumque centum libras excedente, paciſci liceat. Quod certè adeò difficile videtur, ut impoſſibilitati comparari debeat, *b* cujus nulla eſt obligatio. *c* Cui rei convenit quod Plato dicebat *d* Legiſlatorem non tantùm potentiâ & ſapientiâ uti debere, ſed & temperantiâ: duritia enim & ſeveritas optimis legibus adverſari ſemper viſæ ſunt, humanitatique principum contrariæ: *e* unde Draconis leges ob duritiem antiquatæ fuerunt, inquit Plutarchus. *f*

Odioſa, cum probationes, quas ſemper ampliandas cenſuit Legiſlator, *g* ita coarctare videatur, ut nulla ampliùs fides inter homines relinquatur.

ſemble défendu aux hommes de ſe fier les uns aux autres, comme s'il n'y avoit plus de bonne foi parmi eux.

Contraire à la diſpoſition du droit civil, parce qu'il eſt vulgaire en droit, que dans toutes les conteſtations qui ſurviennent entre les hommes, & particulierement dans les Procès qu'ils ont enſemble, les témoins font autant de foi que les actes par écrit.

2. Nous voyons même que ſuivant le droit obſervé chez toutes les nations, la dépoſition de deux ou trois témoins fait foi en juſtice, ce que nous voyons avoir toujours été autoriſé, non-ſeulement par le droit civil & par le droit canon, mais encore par la loi divine, qui admet la preuve par témoins en toutes ſortes d'occaſions, même en ce qui concerne la conduite que Jeſus-Chriſt ordonne à l'Egliſe de tenir dans la correction fraternelle; & c'eſt par cette raiſon que tous nos juriſconſultes, tant anciens que modernes, ont ſoutenu par l'autorité d'une infinité de loix, & de canons des papes, que la preuve par témoins étoit un moyen très-ſûr pour conſerver à chacun le droit qui lui appartient. Bien plus, il ſemble qu'anciennement on faiſoit plus d'état de la foi des témoins, que de celle des titres & des actes par écrit : particuliérement quand il s'agiſſoit de ſçavoir laquelle de ces deux preuves devoit prévaloir, comme Juſtinien ſemble l'avoir décidé dans ſa Nouvelle : *Nous avons eſtimé que ce qui ſe dit*

Juri contraria, cùm omni jure vulgatum ſit, in omnibus controverſiis, & maximè in exercendis litibus, parem eſſe teſtium & inſtrumentorum fidem.

2. *a* Imò omni jure firmum videmus, in ore duorum vel trium ſtare omne verbum. *b* Quod indifferenter, & in omni negotio, ſemper traditum & ſequutum eſſe conſpicimus, non tantùm civili lege, & canonicâ, *c* ſed etiam divinâ, paſſim commune videtur, omnem probationem à teſtibus penderè, etiam in diſciplinâ eccleſiaſticâ, quàm ad fraternam emendationem Servator noſter adhiberi voluerit. *d* Et hâc ratione juriſconſulti noſtri, tam antiqui quàm moderni, infinitis penè legibus, principum conſtitutionibus, & pontificum canonibus, *e* teſtium probationes tractârunt & introduxerunt, tanquam firmiſſima jurium conſervandorum fundamenta. Imò videntur Majores noſtri, ſanctiorem certioremque exiſtimaſſe teſtium fidem, quàm inſtrumentorum : maximè, quando certabatur inter inſtrumenta & teſtes, quæ eſſet fortior probatio : nempe teſtes inſtrumentis præferebant, ut velle videtur Juſtinianus in Novellis, *f* his verbis : *Nos quidem exiſtimavimus ea quæ dicuntur vivâ voce, & cum jurejurando,*

a *L. In exercendis. C. de fid. inſtr. l. Proprietatis C. de prob.*

b *L. Ubi numerus, ff. de teſt. Cap. cum eſſes. extr. de teſtament.*

c *Cap. Novit. extr. de Judic.*

d *Mat.* 18.

e *Tit. de Teſt. & C. & extr.*

f *In a. de can. fid. & teſt. l. 6.*

DROIT

de vive voix, & avec ſerment, mérite qu'on y ajoûte plus de foi, qu'à ce qui eſt rédigé par écrit ; & ils ſe fondoient ſur cette raiſon que le témoignage des actes par écrit, eſt muet, & ne peut ſatisfaire aux demandes qu'on peut faire ; au lieu que le témoin parle, rend raiſon de ce qu'il dit, &, à force de l'interroger, répond enfin à tout ce qu'on lui demande, comme dit Cynus. De-là eſt venu cet ancien proverbe rapporté par Eraſme, touchant les actes par écrit, *témoignages ſourds.*

3. De plus, on pouvoit objecter contre cette ordonnance, qu'il eſt plus aiſé aux juges de connoître la qualité des témoins, & quelle foi on y doit ajoûter, que de juger quelle foi il faut ajoûter à un acte par écrit ; parce que tous les actes authentiques ſont preſque tous rédigés en la même forme, c'eſt-à-dire ſignés d'un ſeul notaire, qui peut leur être entiérement inconnu, & qu'ils ne peuvent ſçavoir s'il a été ſuborné ou non ; ou ils ſont ſcellés de quelque ſceau qui y eſt attaché, lequel anciennement étoit la ſeule preuve d'un acte authentique, ſans qu'il fût ſouſcrit d'aucun notaire, comme rapporte le pape Innocent, quand il parle de la forme imparfaite du ſcel authentique ; & j'ai vu une infinité de tels actes & titres qui n'étoient point ſignés d'aucun notaire, mais qui étoient ſeulement ſcellés de quelque vieil ſceau. Qui pourra donc s'empêcher de dire que la foi de tels actes eſt entiérement ſuſpecte & plus ſujette à être falſifiée, parce que c'eſt une preuve ſourde & muette que celle qui réſulte de la dépoſition des té-

---

hæc digniora fide, quàm ſcripturam ipſam, ſecundùm ſe ſubſiſtere. Hâc potiſſimùm ratione ducti, quòd inſtrumentorum teſtatio ſit muta, & quæ interrogata, non reſpondeat : teſtium verò probatio ſemper loquatur, ratiocinetur, & ſæpiùs interrogata, reſpondeat, inquit Cynus. *a* Hinc antiquum de inſtrumentis adagium ab Eraſmo relatum, *ſurda teſtimonia.*

a *Inſt. in exercendis. C. de fide inſtr.*

3. *b* Prætereà huic legi objici poterat, longè faciliorem eſſe judicibus teſtium quàm inſtrumentorum diſtinctionem & cognitionem : quòd inſtrumenta omnia eâdem penè formâ conſiſtant : ut pote ſigno cujuſdam notarii, penitùs forſan ignoti, nec ſciri poteſt, an redemptus fuerit necne : vel cujuſdam ſigilli appenſione, quæ olim ſola erat inſtrumentorum cautio, abſque tabellionum ſubſcriptione : ut notari poteſt ex Innocentio, cùm de ſigilli authentici formâ imperfectâ loquitur ; *c* & infinita penè vidi antiqua inſtrumenta, quæ nullo tabellionis ſigno, ſed ſolâ cujuſdam antiqui ſigilli ap-

b *Chiliad. 3. Centur. 105, Adag. 76.*

c *In capit. inter dilectos extr. de fide inſtr.*

moins, leſquels donnent leur témoignage de vive voix, & rendent raiſon de ce qu'ils diſent ſur les diſiérens interrogatoires des juges ; en telle ſorte que leur dépoſition n'eſt pas une preuve nue & ſimple (mais fait une conviction entiere de la vérité.)

4. Et même anciennement ces interrogatoires des témoins étoient tellement en uſage, que non-ſeulement les juges, mais même les parties & leurs avocats, pouvoient les interroger en préſence du juge, comme a fort bien remarqué Budée, contre l'opinion de Bartole, ainſi qu'il le prouve par pluſieurs exemples des Anciens, & principalement par le témoignage de Quintilien & de Cicéron: *Eſt-ce-là un ſi grand ſujet de louange pour un avocat?* (dit-il) *Il a interrogé le témoin à propos ; il l'a engagé avec tant d'adreſſe à lui répondre, qu'il s'eſt entrecoupé dans ſes réponſes ; il lui a fait dire la vérité malgré lui, il l'a convaincu, il l'a rendu muet.* Ce qui marque que l'ancien uſage étoit de permettre aux avocats des parties d'interroger les témoins ; ce que le même Budée eſtime avoir auſſi été obſervé par Juſtinien.

5. Toutefois cet uſage n'a jamais été reçu en France, en matiere civile, mais en matiere criminelle ; on a vu ſouvent qu'après que l'accuſé avoit fourni les reproches contre le témoin qui lui étoit confronté, ſa dépoſition lui ayant été lue, il demandoit permiſſion au juge d'interroger le témoin, à quel jour, à quelle heure, avec quel habit, en préſence

---

penſione munita erant. Quis ergo non dicet incertam omninò eſſe talium inſtrumentorum fidem, & falſitati longè magis obnoxiam, cùm ſurda ſit & muta, quàm ipſorum teſtium, vivâ voce teſtantium, ac de rebus teſtatis rationem reddentium, judicibus iterum atque iterum interrogantibus, ne nuda maneat teſtium depoſitio? *a*

4. Imò antiquitùs tam libera erat teſtium interrogatio, ut nedum judices, ſed etiam partes, & eorum patroni, teſtes coram judice interrogare poterant, ut eleganter annotat Budæus noſter contra Bartol. *b* Illudque probat multis antiquorum exemplis, & maximè ex Quintiliano *c* & Ciceróne: *d Ubi enim eſt illa laus patroni?* (inquit Cicero) *Benè teſtem interrogavit, callidè acceſſit, reprehendit, quò voluit adduxit, convicit, & elinguem reddidit.* Ex quibus elicitur priſcum morem fuiſſe, in teſtibus exactè interrogandis, ut etiam partis adverſæ advocatis id licitum foret. Quod itidem obſervatum à Juſtiniano imperatore putat idem Budæus.

5. *e* Hoc tamen uſus Gallicus nunquam recepit in civilibus: in capitalibus autem, ſæpè viſum fuit accuſatum, cùm ei teſtis præſentatur, poſt teſtem objectionibus elevatum & refutatum, ſupplicare judicem, perlecto teſtimo-

a *L. Solam C. de teſtibus.*

b *In l. Si poſtulaverit, ff. ad leg. Jul. de adult.*

c *Lib. 5. Inſt. orator.*

d *In Orat. pro Flacco.*

e *Ex L. Si quando C. de Teſtib.*

de quelles perſonnes le délit dont il étoit queſtion avoit été commis, & autres circonſtances. Ou il requeroit le juge d'interroger le témoin ſur toutes ces choſes en ſa préſence, afin qu'il pût connoître ſi le témoin étoit ferme, & ne varioit point dans ſa dépoſition. Quelquefois même l'accuſé demandoit lors de la confrontation, que l'on fît venir d'autres perſonnes à ſa place devant le témoin, pour ſçavoir s'il le connoiſſoit véritablement, ou s'il n'en accuſoit point un autre pour lui ; ce que le Juge pouvoit lui accorder ou lui refuſer, ainſi qu'il le jugeoit à propos ſuivant la qualité du crime dont il s'agiſſoit.

6. Ce qui vient d'être dit, ſuffit donc pour faire voir qu'il eſt fort aiſé aux juges par leur prudence, de juger quelle diſtinction ils doivent mettre entre les dépoſitions de pluſieurs témoins, ſoit par la conſidération qu'ils ſont élevés en dignité, ou qu'ils ſont riches, ou qu'au contraire ce ſont perſonnes pauvres & viles ; car il doit ajoûter plus de foi à la dépoſition d'un homme noble, ſage, riche & puiſſant ; & de ceux que Budée met au nombre des témoins appellés *Claſſiques* en droit Romain, ou du premier rang, qui ſont d'une probité reconnue, ou qui ſont élevés en dignité, qu'à ceux qui ſont du menu peuple, qu'Aulu-Gelle appelle *Proletarios*, c'eſt-dire, qui ſont vils & reprochables. Il fera plus de cas même du témoignage d'un homme du commun du peuple, que de celui des perſonnes les plus viles, que le même Budée appelle *Capitecenſos* & *Diabolares*, (c'eſt-à-

---

nio, ut liceat ei teſtem interrogare, quâ die, quâ horâ, cum quâ veſte, quo loco, quibus præſentibus, id, quo de agitur, actum ſit, ac de aliis circumſtantiis. Vel petit à judice, eo præſente, per eum interrogata fieri, ut videatur, titubet teſtis necne. Imò aliquando poſtulat reus, alios homines ſecum teſti monſtrandos, ut deprehendatur an teſtis reum dijudicabit, vel falſò unum pro alio accuſabit ; quæ omnia pro judicantium arbitrio fieri aut denegari poſſunt, ſecundùm ſubjectam criminis cauſam.

6. Hæc ergo dicta ſunt, ut probemus judices pro ſuâ induſtriâ, teſtes à teſtibus longè differre, facillimè dijudicare poſſe, ſecundùm dignitates, facultates, paupertates, & vilitates eorum : nam digniorem eſſe teſtationem putabit nobilis, ſapientis, divitis, ſeu potentis, & eorum hominum, quos inter Claſſicos adnumerat idem Budæus, *a* qui integrioris famæ, dignitatis & honoris in civitate vel religione habentur, quàm eorum qui de communi plebe fuerint, quos Proletarios vocat Gellius, *b* & iterùm plebeios à vilioribus & viliſſimis perſonis diſtinguet, quos Capitecenſos, & Diabolares no-

a Ad l. ult. de jurisd.

b L. b. 16, c. 10, Noct. Articar.

dire, qui ſont ſi pauvres qu'ils n'ont pas de quoi contribuer aux charges publiques) & qui à cauſe de leur extrême pauvreté, ſongent plutôt à gagner de quoi raſſaſier leur faim, (en vendant leur témoignage pour de l'argent) qu'à ménager leur réputation. Donc le juge prudent, ſelon qu'il ſe ſentira pouſſé de le faire, fera diſtinction entre les témoins *Claſſiques*, c'eſt-à-dire irréprochables, & ceux appellés *Proletarios*, ou vils & reprochables ; & il diſtinguera encore ceux-là de ceux qu'on appelle *Capitecenſos* & *Diabolares*, c'eſt-à-dire, qui n'ont pas de quoi contribuer la moindre ſomme aux charges publiques, qui ſon les plus vils de tous & qui s'achetent àprix d'argent, leſquels ſont toujours réputés ſuſpects, comme le ſont ceux qui ſont infâmes, ou diffamés publiquement, & il peſera ſuivant cela leurs témoignages : *Vous pouvez mieux ſcavoir que moi*, dit l'empereur Adrien, dans une lettre qu'il écrivit à Varus, lieutenant en Cilicie, *quelle foi vous devez ajoûter aux témoins dont il s'agit, quels ils ſont, de quel rang, de quelle réputation, & ceux qui ſemblent parler le plus ingénuement, ou ceux qui paroiſſent avoir prémédité leur dépoſition, & s'ils ont répondu ſur le champ des choſes qui ſoient vraiſemblables ſur les interrogations que vous leur avez faites ;* d'où on peut conclure que la preuve par témoins a paru la plus ſûre, parce que le Juge peut éclairer ſa religion (par l'interrogatoire des témoins) au lieu que la preuve par écrit, eſt une preuve qui réſulte du témoignage des perſonnes abſentes, & que celle qui ſe fait par la dépoſition de ceux qui ſont préſens doit prévaloir : parce que, comme dit le juriſconſulte Calliſtrate

---

minat ibidem Budæus, quoſque ob paupertatem, fames magis quàm fama commovere creditur. Ergo prudens judex pro animi ſui ſententiâ, teſtes Claſſicos, id eſt, omni exceptione majores, à Proletariis ſapienter dijudicabit ; & iterum Proletarios, id eſt, vulgares, & exceptionibus ſæpè ſubditos, à Capitecenſis & Diabolaribus : quos viliores & redemptos, & ſemper ferè ſuſpectos dicimus, ut infames, vel publicè diffamatos ; & ex his omnibus teſtimonia ponderabit. *Tu magis ſcire potes* (ſcribebat divus Adrianus Varo legato Ciliciæ *a*) *quanta fides habenda ſit teſtibus, qui, & cujus dignitatis & exiſtimationis ſint, & qui ſimpliciter viſi ſunt dicere ; utrùm unum, eundemque præmeditatum ſermonem attulerint : an ad ea quæ interrogaveris, ex tempore veriſimilia reſponderint.* Sanctior ergo videbatur teſtium probatio, cùm certior, judicis prudentiâ, fieri poſſit, quàm inſtrumentorum, quæ abſentium probatio videtur : ideòque præſentium teſtium fidei anteponi non debeat, cùm abſentium fides longè diſtet à præſentibus, ut refert Calliſtra-

a *L. Teſtium §. primo. ff. de teſtibus.*

il faut plutôt ajoûter foi aux préſens qu'aux abſens, ſuivant le proverbe vulgaire : *Le papier & parchemin ſouffrent tout.* C'eſt pourquoi les juges prudens pourront éviter d'être ſurpris par la ſubornation des témoins, en les reprenant de cette facilité qu'ils ont de dépoſer, ou en conciliant leurs dépoſitions ſuivant la qualité de leur témoignage, comme il eſt marqué en droit; & s'ils parlent ambigument, ils pourront les répéter & les interroger pluſieurs fois. Or ils ne peuvent faire toutes ces choſes, quand il s'agit d'inſtrumens ou actes par écrit, qui ſont des témoins ſourds & muets, & comme morts; enſorte qu'en les obligeant de ſuivre la foi d'un acte, c'eſt les contraindre de déférer plutôt à l'antiquité de cet acte, qu'à la vérité qui réſulte naturellement de la dépoſition raiſonnée des témoins.

7. Néanmoins, nonobſtant tout ce qui vient d'être dit ci-deſſus, qui ne ſont que des raiſons de douter que l'on pouvoit alléguer contre cette ordonnance, il ne s'en eſt point fait dans ce ſiécle, qui ait été plus favorablement reçue que celle-là par le parlement de Paris, qui l'a déja confirmée par une infinité d'arrêts.

8. Et notre prince marque aſſez au commencement de cette ordonnance, à quelle occaſion & par quelle raiſon il l'a faite, en ces mots : *Pour obvier*, &c; ce qui a toujours été obſervé quand on a fait les meilleures loix, en marquant la raiſon (qui eſt l'ame de la loi,) & la néceſſité indiſpenſa-

---

a *In dict. l. teſtium.*

b *In L. Teſtium facilitatem & ibi not. C. de T.ſt.*

c *Cap. cum clamor. extr. cod.*

tus: *a* & vulgari proverbio jactetur, chartam vel hœdinam pellem omnia perpeti. Ideoque falſandorum teſtium occaſionem prudentes judices cavere ſemper poterunt, teſtium facilitatem corrigendo, vel ad concordiam reducendo, ſecundùm negotii qualitatem, ut falſitatibus locus non ſit, ut paſſim in jure traditur: *b* vel ſi ambiguè teſtentur, eos iterum atque iterum judices repetere poterunt. *c* Atqui hæc omnia de inſtrumentis mutis, ſurdis, & mortuis, facere non poterunt: adeò ut magis quidem inſtrumentorum antiquitati alligari videantur judices, quàm ratiocinantium teſtium genuinæ veritati.

7. Supradictis tamen nonobſtantibus, quæ pro dubitandi ratione ad legem iſtam afferri poterant, nulla toto hoc ſæculo conſtitutio, aut lex regia ſanctior ac probatior viſa fuit. ampliſſimo noſtræ Galliæ ſenatui; nam infinitis fermè judiciis jamjam confirmata fuit.

8. Quæ fuerit autem ejus legis condendæ ratio, & occaſio, demonſtrat princeps in principio ſuæ Conſtitutionis, his verbis, *Pour obvier.* Quod in omnibus veris legibus condendis ſemper obſervatum fuit, ut ſummâ

ble

ble qu'il a eu de la faire. Le motif donc pour lequel cette ordonnance a été faite, eſt afin d'obvier à la multiplicité des faits que l'on avoit coutume d'articuler en juſtice, qui ne pouvoient être prouvés que par témoins ; d'où il s'enſuivoit une involution de procès que les plaideurs eſſayoient de faire naître, plutôt pour embarraſſer l'affaire, que dans le deſſein de ſe ſervir de cette preuve pour conſerver leurs droits ; ce qu'ils pratiquoient ſouvent en ſubornant les témoins ; & ce ſont les raiſons pour leſquelles cette preuve par témoins à été abolie : par conſéquent, cette loi ne doit paroître ni dure, ni odieuſe, ni contraire au droit civil ; & ſi la preuve par témoins, dont la foi étoit ſimple & inviolable autrefois, eſt devenue ſuſpecte & dangereuſe dans la ſuite des tems, il ne faut pas faire un reproche à l'antiquité de ce qu'elle s'en eſt ſervie, ni imputer au prince ce changement, parce qu'il n'a agi en cela que par un mouvement d'équité ; mais il faut en accuſer plutôt les mœurs corrompues de notre ſiécle, ſuivant la penſée d'Horace : *Y a-t-il quelque choſe qui ne devienne pire avec le tems ? Le ſiécle de nos ancêtres n'étoit pas ſi corrompu que celui de nos peres, & nous qui ſommes encore plus méchans qu'eux, laiſſerons des enfans encore plus vicieux que nous.*

9. C'eſt pourquoi on pourroit, en cet endroit, s'écrier avec Cicéron : O tems ! ô mœurs ! tant il eſt vrai que la bonne foi & cette innocence des premiers ſiécles eſt rare à préſent,

---

ratione, quæ ſemper legis anima dicitur, *a* vel ſummâ neceſſitate, prout rerum eventus & occaſio ferebat, lex induceretur. Ratio ergo hujus Legis eſt, *b* ut obviàm iretur pluribus & diverſis factorum poſitionibus, quæ non niſi teſtibus probari poterant, è quibus infinitæ litium implicationes ac multiplicationes quotidie naſcebantur ; quæ non tam juris verè conſervandi animo, quàm vitilitigatorum technis & artibus exquirebantur, quod ut plurimùm cum falſorum teſtium ſubornatione factitatum eſt. His, inquam, rationibus abrogata eſt teſtium probatio. Igitur nec dura, nec odioſa, nec juri contraria videri debet hæc lex, ſi, quod olim ſanctum & innocuum erat, utpote vocale teſtimonium, nunc periculoſum & reprobum videatur. Quod non antiquæ ſanctitati imputandum, nec principis æquitati, ſed magis corruptiſſimis hujus ſæculi moribus tribuendum eſt. *Damnoſa enim*, inquit Horatius, *c quid non imminuit dies ; ætas parentum pejor avis, tulit nos nequiores, mox daturos progeniem vitioſiorem.*

a *L. Cùm ratio, ff. de bon. damn.*

b *L. Ergo, ff. de Leg.*

c *Lib. 3, Carm.*

9. Quo fit, ut liceret hoc loci, ſolitâ à Tullio *d* exclamatione uti : O tempora ! ô mores ! Adeò exolevit priſcorum hominum fides & pietas, ſui-

d *In orat. 1 ; in Catilin.*

& que l'homme eſt devenu ſi différent de ce qu'il étoit en ce tems-là, que lui qui avoit été créé à l'image de Dieu qui eſt la vérité même, & auquel il a donné une tête droite & élevée pour contempler la vérité, & qui, par cette raiſon, eſt nommé par les Grecs ἀνθρωπος, c'eſt-à-dire *tourné vers le ciel*, ſuivant ce que dit Lactance, eſt à préſent ſi éloigné de cette vérité, que ſon témoignage qui étoit autrefois très-religieux, ſe trouve entiérement corrompu dans les moindres affaires dans leſquelles on eſt obligé de s'en rapporter à lui; ce qui a obligé le prince d'abroger la preuve par témoins en certains cas ſpécifiés par cette ordonnance; & il ſemble que l'empereur Juſtinien a marqué dans ſes Conſtitutions, que la même choſe étoit arrivée de ſon tems, quand il a parlé de la corruption & de la facilité des témoins de ſon ſiécle. Il ne faut donc pas trouver à redire, ainſi que diſent les papes Innocent & Honoré, ſi, ſuivant la diverſité des tems, les loix humaines changent; & ſi on en reſtreint les moyens de faire la preuve des faits, à cauſe de la multitude des faux témoins, & de la calomnie devenue ſi familiere aux plaideurs: de même qu'on augmentoit autrefois les peines, dit le juriſconſulte Claudius, à proportion que les crimes devenoient plus fréquens. Ce ſera donc par cette raiſon, qui a ſervi de motif au prince pour faire cette loi, que l'on pourra décider preſque toutes les queſtions & les difficultés qui ſe pré-

---

que ipſius ita nunc factus eſt homo diſſimilis, ut quem Deus, ipſiſſima veritas, ad ſui imaginem fecerat, erecto ſemper vultu ad ſupernam veritatem, quâ etiam ratione à Græcis ἄνθρωπος hoc eſt, ſurſùm vergens, vel erectus, dicitur (quod non minùs piè quàm eleganter differit Lactantius *a*) nunc ita à veritate ſit alienus, ut ejus teſtimonium, olim ſanctiſſimum, nunc corruptiſſimum in omnibus quaſi negotiis experiatur. Quæ principem eò adduxerunt ut abrogare teſtium probationes certis caſibus hâc lege expreſſis cogeretur. Quod idem ferè ſuo tempore eveniſſe teſtari videtur ipſe Juſtinianus, cùm de teſtium facilitate loquitur. *b* Non debet ergo reprehenſibile judicari, ut dicebant Innocentius *c* & Honorius, *d* ſi ſecundùm varietatem temporum, varientur ſtatuta rerum humanarum; & ſi ob frequentiam ſceleratorum teſtium, vel calomniatorum litigantium, arctentur & reſtringantur probationum facultates; quemadmodum & pœnæ ob frequentiam delictorum exacerbari ſolent, inquit Claudius Saturninus. *e* Ex ratione ergo ſupradictâ, quâ motus fuit princeps ad legem condendam, planè dijudicari poterunt omnes ferè quæſtiones, & omnia dubia, quæ huic legi quotidiè occurrunt; quæ ſe-

a *Lib. 2, cap. 1, Divin. Inſtit.*

b *In auth. de teſt. col.*

c *Cap. non debet ext. de conſang. & aff.*

d *Cap. ult de ... ſ. ext.*

e *L. ... fa... in fine. ff. de pœn.*

ſentent tous les jours, ſur l'interprétation qu'on lui donne, leſquelles il faut décider ſuivant la prohibition de l'ordonnance, ſi elles conviennent avec cette raiſon, qui en eſt l'ame ; ou il faut les en excepter, ſi la raiſon de la loi eſt différente, & ne peut leur être appliquée ; & afin d'éclaircir cela par des exemples, je viens à l'explication de cette loi, qui commence en ces termes : *Avons ordonné que dorénavant*, &c.

10. Et pour l'examiner mot à mot, & plus commodément, ce commentaire ſera diviſé en deux parties. La premiere commencera à ces mots : *Avons ordonné que dorénavant ;* & dans cette premiere partie, qui traite de la foi des inſtrumens & actes publics, & de l'abrogation de la preuve par témoins, conſiſte la principale intention de la loi, qui donne lieu chaque jour à une infinité de queſtions. La ſeconde commence à ces mots : *En quoi n'entendons*, dans laquelle partie de l'ordonnance, il ſemble qu'il n'eſt parlé que des écritures privées ; ce qui donne lieu auſſi à quelques queſtions qui méritent d'être traitées, & dont il ſera parlé en leur ordre.

---

cundùm legem judicabuntur, ſi legis rationi conveniant, vel à lege excipientur ; ſi à legis intentione vel ratione diſſideant. *a* Quod ut magis per ſpecies cognoſcatur, venio ad legis diſpoſitionem, quæ incipit ab illis verbis : *Avons ordonné que dorénavant.*

a *L. Metum*, §. *an madvertendum*, *ff. Quod met. c.*

10. Quæ diſpoſitio ut ſeriatim & faciliùs diſcutiatur, in duas partes ſcindetur. Prima, ab iis verbis : *Avons ordonné.* Et in hâc primâ parte, in quâ tractatur de publicorum inſtrumentorum fide, & teſtium abrogatâ probatione, conſiſtit intentio præcipua totius legis ; à quâ infinitæ quotidiè naſcuntur quæſtiones. Secunda, ab illis verbis, *En quoi n'entendons.* In quâ parte, de privatorum inſtrumentorum ſcripturâ tantùm agi videtur, à quibus etiam nonnullæ oriuntur quæſtiones, quæ explicationem mereri poſſunt ; de quibus infrà ſuo ordine dicetur.

Generalis opuſculi diviſio.

ADDITIONS SUR LA PREFACE.

SOMMAIRE.

1. *Observations sur la faveur & les motifs de l'ordonnance de Moulins.*
2. *Distinction des noms & des qualités des témoins en droit Romain.*
3. *De l'usage de la preuve par témoins & de la preuve par écrit chez les anciens.*
4. *L'usage de la preuve par témoins chez les Juifs.*
5. *De la forme des contrats parmi eux.*
6. *Usage de la preuve par témoins chez les Grecs, & notamment chez les Athéniens.*
7. *De la forme de leurs contrats.*
8. *Usage des Romains à l'égard de la preuve par témoins.*
9. *Cas où l'écriture étoit requise en droit.*
10. *La preuve par témoins n'y étoit pas reçue contre un acte par écrit.*
11. *De la forme des actes des Romains, & de leurs notaires.*
12. *Quatre officiers différens qui expédioient les actes.*
13. *Insinuations des actes, pourquoi introduites.*
14. *Ce que la Novelle* 44 *entend par ce mot* protocole.
15. *Des actes privés, & leur différence d'avec les actes publics.*
16. *De l'usage de la preuve par témoins en France.*
17. *De la preuve vulgaire & canonique.*
18. *La purgation vulgaire se faisoit en six manieres.*
19. *Du combat en champ clos.*
20. *Question, si la représentation devoit avoir lieu en ligne directe, décidée par le combat de deux champions en champ clos.*
21. *A quelles conditions on étoit déclaré vainqueur dans ce combat.*
22. *Ces combats souvent permis & souvent défendus; duels abolis par l'édit de* 1679.
23. *Purgation canonique par le serment.*
24. *De l'usage de la preuve par écrit en France.*
25. *Ce que l'on appelloit,* Notitiæ authenticæ, *&* Notitiæ privatæ.

26. *Ce que l'on appelloit*, Charta paricla, *ou* particula. *Origine de l'uſage de ces ſortes d'actes.*
27. Notitiæ privatæ, *à quelle occaſion introduites.*
28. *Forme des lettres-patentes de nos rois.*
29. *Des greffiers, des tabellions, notaires, garde-notes, & gardes des ſceaux aux contrats.*
30. *De la ſignature des actes privés en France, & pourquoi on ſe ſervoit de ſceaux.*
31. *Diſpoſition de l'article* 84 *de l'ordonnance d'Orléans, & de l'art.* 175 *de Blois, touchant la ſignature des actes.*
32. *Art.* 166 *de celle de Blois ſur la ſignature des témoins.*
33. *Quand l'acte eſt en forme authentique, & ſigné, la déclaration contraire du notaire & des témoins ne le peut détruire.*
34. *La preuve par témoins préférée en France à celle par écrit.*
35. *Le parlement de Toulouſe n'a pas étendu l'ordonnance de Moulins aux teſtamens, comme les autres parlemens.*
36. *L'ordonnance de* 1667 *a dérogé à l'ordonnance de Moulins.*

1. MAître Louis Vrevin, qui a fait des obſervations ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, agite la même queſtion que Boiceau dans ſa préface, touchant la faveur de cette ordonnance, qui paroît odieuſe, en ce qu'elle reſtreint les preuves qui devroient être libres; & il demeure d'accord (auſſi-bien que tous ceux qui ont écrit ſur cet article) que le motif de cette ordonnance étant d'éviter la facilité des témoins, elle eſt entiérement favorable; il ajoûte un paſſage tiré de l'Oraiſon de Cicéron pour Cælius, pour faire voir combien on faiſoit peu d'état, de ſon tems, à Rome, de la dépoſition des témoins. *De prétendus témoins ne décideront pas notre cauſe,* dit Cicéron; *je ne puis ſouffrir que l'on commette la vérité toujours immuable & toujours uniforme à la diſcrétion & à la volonté des témoins; toujours changeante & toujours incertaine. L'on ſçait combien il eſt aiſé de tourner l'eſprit des témoins, pour leur faire dire tout ce qu'on veut; nous nous défendrons par de bons moyens, par des raiſons invincibles; nous nous juſtifierons par des preuves plus claires que le jour.*

Equidem vos abducam à teſtibus neque hujus judicii veritatem, quæ mutari nullo modo poteſt, in teſtium voluntate collocari ſinam. Quæ facillimè effingi, nullo negocio flecti, ac detorqueri poteſt. Argumentis agamus luce ipſâ clarioribus.

Vrevin appuie ce paſſage du ſentiment d'Oldrade, en ſes Conſ. 105, & de celui de Felin, c. 9, *de fide inſt.*

Au, reſte après les obſervations générales que l'on a fait d'abord ſur l'ordonnance de Moulins & ſur celle de 1667, &

tout ce que dit Boiceau, dans cette Préface, du motif & de la faveur de cette premiere ordonnance, il ſuffit d'ajoûter que celle de 1667, en renouvellant la diſpoſition de celle de Moulins, a marqué de quelle néceſſité étoit cette prohibition de la preuve par témoins, pour remédier aux abus que l'on en peut faire; & l'expérience fait connoître tous les jours, combien l'obſervation de ces deux ordonnances eſt utile au public.

2. Mais ce qui mérite quelque recherche dans cette préface, eſt la différence des noms & des qualités des temoins, dont Boiceau fait mention, & que le droit Romain diſtingue en pluſieurs eſpeces.

Sic dicti ab aſſibus, id eſt ab ære dando, cùm id tempora reipublicæ exigerent, vel ab aſſiduitate muneris publici obeundi. M. Cujas explique ces mots *aſſiduus & locuples* ſur la L. 42, *ff. de verb. ſignif.*

La loi des douze tables diſtingue les témoins par rapport aux biens qu'ils poſſedent. Elle nomme ceux qui ſont riches *aſſiduos : Aſſiduo vindex aſſiduus eſto;* & comme ils étoient réputés les plus honnêtes gens, & dont le témoignage étoit moins ſuſpect, *honeſtiores plerumque æſtimantur ex divitiis*, comme a remarqué M. Cujas, *C. de Teſtib.* on les appelloit auſſi plus ſouvent en témoigage.

La même loi des douze tables leur oppoſe *teſtes Proletários*, c'eſt-à dire, ceux qui étoient pauvres, & qui contribuoient le moins aux charges publiques; & la loi *Nonnulli, ff. de accuſ.* appelle pauvres ceux qui n'avoient pas vaillant cinquante écus de la monnoie de ce tems-là, & elle ne recevoit pas leur témoignage.

Qui non ampliùs quàm mille quingentum æris in cenſum deferebant.

Il y en avoit encore d'autres plus pauvres, qui ne contribuoient rien, ou preſque rien, aux charges publiques, que l'on appelloit, *Capitecenſos ;* on les appelloit auſſi *Diabolares*, *Conductos*, *Redemptos*, parce qu'on préſumoit qu'ils vendoient leur témoignage pour avoir de quoi vivre.

Proletarii autem dicebantur, à muniere officioque prolis edendæ quòd cum re familiari parvâ minùs poſſent rempublicam juvare, ſobolis tamen gignendæ copiâ civitatem frequentarent. Gellius, L. 16, c. 10.

La loi des douze tables appelloit auſſi les témoins en général : *Superſtiſtes, ſuperſtitibus præſentibus vindiciæ ſumuntor.* On les a appellé auſſi, *antiſtites, anteſtati, & antiſtitores ;* ce qui eſt tiré du verbe *anteſtari. Qui denunciabant litem anteſtatos habebant, id eſt, teſtes, & aures eorum tertio vellebant dicentes : Memento quòd tu mihi in illâ cauſâ teſtis eris.*

La principale diviſion des témoins eſt en ceux que l'on appelle *idoneos*, & *inteſtabiles. Idonei*, étoient, en général, ceux qui étoient reçus en témoignage ; mais ce mot s'appliquoit, dans ſa ſignification particuliere, à ceux qui étoient riches, & quel-

quefois auſſi à ceux qui avoient le plus de probité, quoiqu'ils ne fuſſent pas riches. Il y avoit même des témoins qu'on appelloit, *omni exceptione majores*, contre la perſonne deſquels il n'étoit pas permis d'alléguer aucun reproche. La loi les appelle *undique idoneos*; c'eſt-à-dire, *vitâ*, *dignitate*, & *moribus*.

Inteſtabiles, en général, étoient ceux auxquels il n'étoit pas permis de porter témoignage, ni de faire un teſtament; car ces deux choſes ſe ſuivoient ſouvent: tels étoient les furieux, les infâmes; ceux qui avoient été condamnés pour avoir fait des libelles diffamatoires, &c. *Optimam, c. l. 8,*

Il y avoit auſſi des témoins volontaires, qui portoient leur témoignage librement, & d'autres qui étoient forcés de rendre témoignage, comme les eſclaves, quand il s'agiſſoit de découvrir la vérité d'un meurtre, ou de quelqu'autre crime commis dans la maiſon de leur maître; & ceux qu'on nommoit *alligatos*, en matiere civile, *quos quiſque ante judicium ſibi placitis alligat, ne cui poſtea libitum ſit, aut diſſimulare, aut ſubſtrahere ſe*; & ſuivant la loi, *Si quando, C. de Teſtib.* ils étoient obligés d'attendre quinze jours, par ordonnance de juge, après lequel il leur étoit permis de ſe retirer; & on ne pouvoit plus les réaſſigner une ſeconde fois, pour dépoſer en matiere civile. *Voluntarii, coacti.*

Feſtus & Budée les appellent *primæ autoritatis homines & idoneos veritatis ſponſores.*

Teſtes claſſici étoient ceux de la premiere conſidération, que l'on choiſiſſoit pour témoins dans le teſtament; on les appelloit auſſi *rogati*, parce qu'ils devoient être requis d'aſſiſter au teſtament, à la différence de ceux qui ſignoient les contrats qui s'appelloient *fortuiti*, parce que ceux qui ſe rencontroient fortuitement lors de la paſſation du contrat, ſuffiſoient pour cela.

Les témoins ſont encore appellés *advocati* dans l'Oraiſon de Cicéron *pro Cæcinnâ, qui in rem præſentem deducebantur, ut de vi moribus faciendâ teſtes eſſent.* *Plancus in prænalo, certis advocatis præſentibus, id eſt, teſtibus, deprehendit pecuniam apud lenonem.*

Enfin on appelloit *teſtes reprobatorii*, les témoins qui étoient produits par l'accuſateur ou par l'accuſé, pour détruire le témoignage des témoins qui avoient été entendus avant eux; & quand on produiſoit d'autres témoins pour détruire auſſi le témoignage de ceux-là, ces derniers s'appelloient *reprobatorii reprobatoriorum.*

3. Boiceau, dans cette préface, touche encore, en paſ-

ſant, quelque choſe de l'origine & de l'hiſtoire de la preuve par témoins, de ſon uſage en matiere civile, de l'avantage qu'elle a ſur la preuve par écrit, & de la maniere de recevoir les dépoſitions des témoins à Rome : il dit auſſi quelque choſe de la foi des inſtrumens publics, des ſceaux qui tenoient lieu autrefois en France de ſignature dans les actes privés, & de la fonction des notaires ; mais comme cette matiere eſt touchée légerement, & qu'on ne peut la bien connoître ſans remonter juſqu'aux premiers ſiécles, & ſans approfondir quel a été l'uſage de la preuve par témoins, & de la preuve par écrit, chez les Hébreux, les Grecs, les Romains, & en France, depuis le commencement de la monarchie juſqu'à préſent ; ſans entrer ici dans une longue diſſertation, pour ſçavoir préciſément de quelle maniere tous ces peuples en ont uſé, on ſe contentera d'en donner ici une idée générale, en ramaſſant en peu de mots ce qui paroît de plus important ſur ce ſujet, & ce qui paroît le mieux prouvé dans les auteurs qui en ont parlé.

4. Il faut obſerver d'abord, qu'à l'égard des Juifs, Moyſe, leur premier légiſlateur, ne leur preſcrivit la preuve par témoins, qu'à l'occaſion des crimes qui méritoient condamnation de mort ; & lorſqu'il ne ſe trouvoit point de témoins, on eut recours à une eſpece de divination, qu'on appelloit *exploratio*. Le chap. 5 des Nombres, parle de l'épreuve que l'on faiſoit *par les eaux ameres*, dans le cas d'adultere ; & Joſeph, l. 4, ch. 8 de l'Hiſtoire des Juifs, en rapporte une autre eſpece dans le cas d'un homicide.

Dans les matieres civiles, il eſt certain que, chez les Juifs, dans les premiers ſiécles, les contrats ſe paſſoient devant des témoins, & publiquement, à la porte des villes, qui étoit le lieu où ſe rendoit la juſtice. Il y en a un exemple dans la perſonne d'Abraham, qui acquit une piéce de terre dans le territoire de Chanaan, en préſence de tous ceux qui entroient dans la ville d'Hébron, pour y faire ſon ſépulcre & celui de Sara ſa femme.

Confirmatuſque eſt ager, quondam Ephronis in quo erat ſpelunca duplex reſpiciens Mambre, tamipſa quàm ſpelunca & omnes arbores ejus in cunctis termi-nis ejus per cir-

L'hiſtoire de Ruth marque encore la même choſe. Il eſt néanmoins parlé des actes par écrit, dans Tobie, 1, 19, &c ; & dans Jérémie, chap. 32, 10, il eſt fait mention d'un contrat de vente dont la forme a quelque rapport aux nôtres ; mais la loi de Moïſe n'avoit ordonné l'écriture que pour l'acte

l'acte du divorce, lequel, suivant S. Augustin, livre 19, chapitre 26, *contra Faustum*, devoit être écrit par un scribe, ou écrivain public ; d'où on peut conclure que, dans les matieres civiles, aussi-bien que dans les affaires criminelles, les Juifs se servoient de la preuve par témoins, parce que les actes étant rarement rédigés par écrit, on ne pouvoit y avoir recours. On peut ajoûter que les Juifs plaidoient peu dans les premiers tems, parce qu'outre leur simplicité & leur bonne foi, la loi de Moïse, dont ils étoient religieux observateurs, régloit tous les différends ; d'ailleurs ils ne possédoient en propriété aucuns immeubles, Dieu s'en étant réservé la propriété, comme il est marqué au Lévitique, ch. 25, v. 23 ; & il leur étoit défendu même de vendre, & de transmettre la possession qu'ils avoient, à ceux qui n'étoient pas de leur tribu ; & à l'égard des successions, la généalogie de chaque tribu étoit inscrite sur des tables publiques. Enfin les emprunts étoient fort difficiles, à cause de l'année du jubilé, qui révoquoit toutes les aliénations, & défendoit d'exiger les dettes contractées auparavant ; ainsi ils avoient peu d'occasion de plaider. Quoi qu'il en soit, l'Ecriture sainte nous marque, Deuteronome, chap. 19, 20 & 21, que le faux témoin étoit puni de la peine du talion ; mais elle ne parle, ce semble, en cet endroit, que dans le cas d'une accusation capitale.

cuitum ; Abrahæ in possessionem, videntibus filiis Seth, & cunctis qui intrabant portam civitatis illius. Gen. c. 23, v. 18.

Deuteron. ch. 15. 2.

5. Quant à la forme des actes, lorsqu'ils étoient rédigés par écrit chez les Juifs, elle est précisément marquée dans le contrat de vente dont il est parlé au chap. 32 de Jérémie, ℣ 10, ci-dessus cité. J'achetai d'Hanameel, fils de mon oncle, dit ce prophete, le champ qui est situé à Anathoth ; & je lui donnai l'argent au poids, sept sicles & dix piéces d'argent ; j'en écrivis le contrat, & le cachetai en présence des témoins, & lui pesai l'argent dans la balance ; & je pris le contrat de l'acquisition, cacheté, avec ses clauses, selon les ordonnances de la loi, & les sceaux qu'on avoit mis au dehors, & je donnai ce contrat d'acquisition à Baruch, fils de Néri, fils de Manssias, en présence d'Hanameel mon cousin germain, & des témoins dont les noms étoient écrits dans le contrat d'acquisition.

Et emi agrum ab Hanameel filio patrui mei & appendi ei argentum, septem stateres & decem argenteos, & scripsi in libro & signavi, & adhibui testes & appendi argentum in statera, & accepi librum possessionis signatum & stipulationes & rata & signa forinsecùs & dedi librum possessionis Baruch filio Neri, filio Mansiæ in oculis Hanameel patruelis mei, & in

oculis teſtium qui ſcripti erant in libro emptionis in oculis omnium Judæorum qui ſedebant in atrio carceris. v. 9, 10, 11, 12.

Vatable, ſur ce paſſage, dit qu'il fut fait deux actes; un qui fut plié & cacheté, ou ſcellé, & l'autre qui demeura ouvert. Dans le premier, qui tenoit lieu d'original, outre le nom de la choſe vendue & le prix, on inféra les conditions de la vente & le tems du rachat ou reméré; & pour les tenir ſecrettes & éviter toute ſorte de fraude, on cacheta cet acte d'un ſceau public, *annulo publico*; & après qu'il fut cacheté, les parties & les temoins le ſignerent au dos: à l'égard de l'autre double de l'acte, on le préſenta ouvert aux témoins qui le ſignerent auſſi avec les contractans, comme on avoit coutume de faire en pareille occaſion.

Munſterus, Clarius, Grotius, ſont du ſentiment de Vatable, *To. criticorum ſacr. Script.*

Vatable ajoûte que, quand il y avoit conteſtation en juſtice pour raiſon d'un pareil acte, les juges n'avoient égard qu'à celui qui étoit cacheté, & qu'au reſte on ne ſe ſervoit point de tabellions en ce tems-la; mais que les contractans écrivoient eux mêmes le contrat, & le ſignoient avec les témoins. il dit pourtant enſuite, que quelquefois on ſe ſervoit d'écrivains ou tabellions publics; & c'eſt ainſi qu'il explique ce paſſage: *Lingua mea calamus ſcribæ velociter ſcribentis.* Mais ce nom *ſcriba* avoit pluſieurs autres ſignifi tions ce qu'il ſeroit trop long d'éclaicir en cet endroit.

6. Les Grecs, qui ont emprunté leurs principales loix de celles des Hébreux, ont auſſi reçu la preuve par témoins en matiere criminelle & en matiere civile.

Judicium Heliaſticum ſic dictum à multitudine judicum. Joa. Steph. ibid.

Joachim Etienne en ſon traité *de Juriſdict. l.* 2, *chap.* 5, *de judicio Heliaſtico*, obſerve qu'entre les Athéniens, ceux qui étoient choiſis pour juges, dans l'aſſemblée appellée *judicium Heliaſticum*, nommés *Arcontes* & *Theſmotæ*, faiſoient la même fonction que les préteurs faiſoient à Rome, & examinoient ſi la demande qu'on vouloit intenter, méritoit d'être portée en juſtice; & ſi la cauſe conſiſtoit en fait, ils examinoient ſi elle ſe devoit prouver par écrit ou par témoins; & ſi l'action étoit admiſe, on donnoit aux parties des juges que l'on tiroit au ſort. Ils pratiquoient la même choſe en matiere criminelle, & ils faiſoient faire le ſerment aux témoins ſur l'autel de Minerve, après avoir reçu leurs dépoſitions que l'on rédigeoit par écrit, & que l'on mettoit enſuite en dépôt dans les archives

pour s'en ſervir quand on jugeoit le procès. Enfin, quand l'affaire étoit trop obſcure, ſoit en matiere civile, ſoit en matiere criminelle, on avoit recours à l'oracle de Delphes.

7. Les Athéniens paſſoient auſſi leurs contrats devant des perſonnes publiques, que l'on appelloit comme à Rome, *argentarii*, dont il ſera parlé au ch. 8 de la ſeconde partie de ce Traité. Ces actes par écrit avoient exécution parée, & l'on n'admettoit pas même la preuve du contraire.

Joach. Stephanus, l. 2, ch. 10, n. 24.

8. Les Romains, qui ont emprunté leurs loix des Grecs (comme les Grecs les ont empruntées des Juifs) apprirent auſſi d'eux l'uſage de la preuve par témoins. Il en eſt parlé dans la loi des douze tables, qui condamne les faux témoins, à être précipités du haut de la montagne Tarpeïenne. Ils avoient auſſi des juges, qu'ils nommoient *quæſitores* & *cognitores*, qui recevoient les dépoſitions des témoins en matiere criminelle, comme a remarqué Roſinus, *Antiq. Rom. l. 9, ch. 14*; ce qu'il prouve par la loi *Manilia*, & par ce qui eſt rapporté par Probus, *de recuperatorio judicio*; & Sigonius fait mention de certains témoins appellés *laudatores*, leſquels n'ayant point été témoins du fait en queſtion, dépoſoient ſeulement de la probité de l'accuſé.

Joac. Steph. l. 3, de juriſ. Rom. c. 3, n. 21.

Sigonius, l. 2 de judiciis Rom. ch. 19.

Dans les matieres civiles, les titres du digeſte & du code, *de teſtib. de fide inſtr. de probat.* marquent évidemment que la preuve par témoins y étoit fort en uſage, & même que l'on ne s'en peut paſſer; mais il n'y avoit point d'autres preuves que celle par témoins & celle par écrit, comme dit Cicéron en ſa troiſieme Oraiſon contre Verrès.

Teſtimoniorum uſus frequens & neceſſarius eſt.

9. Valla, *de reb. dubiis, cap. 13*, fait une énumération de tous les cas où les loix Romaines requéroient des actes par ecrit. Par exemple, quand il s'agiſſoit de prouver qu'une perſonne étoit ingénue & libre, ou qu'il s'agiſſoit de prouver l'adoption, l'arrogation, la manumiſſion, le payement du cens, & de l'argent prêté ou reçu de ceux qu'on nommoit *argentiers*, ou s'il s'agiſſoit de ſentence interlocutoire, ou définitive, & des actes qui devoient

Ubi aliquid ereptum aut ablatum à quopiam dicitur, nonne aut in tabulis aut in teſtibus omnis expectatio judicum eſt?

être insinués, comme des donations, & sur-tout à l'égard des baux emphitéotiques.

Ce qu'il faut remarquer, est qu'en droit Romain, comme parmi nous, la preuve par témoins n'étoit point reçue contre un acte par écrit : *Testes cùm de fide tabularum nihil dicitur, adversùs scripturam interrogari non possunt*, dit le jurisconsulte Paulus, *l.* 5, *Sentent. T.* 13 *de testib.* laquelle loi n'ayant point été insérée dans les loix de Justinien a donné lieu aux interprètes du droit de soutenir la maxime contraire, comme a remarqué M. Cujas sur la *L. testium, C. de testibus. Quibus*, dit-il, *ut certamini finem imponam, hic locus judicandus est.*

In exercendis litibus, eamdem vim obtinere tam fidem instrumentorum quàm depositionem testium.

Fiunt enim scripturæ ut quid actum est, per eas facilius probari possit & sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem. L. 4, *ff. de instru. eâd. lege.*

Perinde valet testimonium quo res gesta sine scripturæ attestatione comprobatur ac scriptura ipsa nec ideò minoris est autoritatis, quòd nullum eâ de re testimonium intercessit.

Non aliter vires habere, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata, etsi per tabellionem conscribantur etiam ab ipso completa, & postremò à partibus absoluta sint.

10. L'Authentique cité par Boiceau en cette préface, marque précisément que, chez les Romains, la preuve par témoins l'emportoit sur la preuve par écrit. Néanmoins la *L. in exercendis, C. de fide instr.* qu'il cite auparavant, prouve que la foi des témoins, & celle des actes par écrit, étoient de pareille autorité parmi eux : l'écriture même n'y étoit pas regardée, comme étant de l'essence de l'acte, mais seulement comme étant nécessaire pour faire preuve de ce qui avoit été convenu entre les parties. C'est pourquoi la loi dit que l'hypotheque se pouvoit contracter sans écrit, aussi-bien que le mariage. La *L.* 9, *C. eod. tit.* dit qu'un partage ne laisse pas d'être valable, quoiqu'il ne soit pas rédigé par écrit ; & la loi suivante dit la même chose du contrat de vente. Aussi Harmenopule, *in Promp. jur. civ. l.* 1, *t.* 6, dit que la preuve par témoins & celle par écrit, sont d'une égale autorité, & que quand il n'y a point d'acte, la preuve par témoins supplée & a le même effet ; que si ces deux preuves sont contraires l'une à l'autre, c'est au juge à décider laquelle des deux il doit suivre.

11. Quant à la forme des actes chez les Romains, elle est décrite en la loi *Contractus, C. de fide instr.* qui dit que le contrat n'est point parfait, s'il n'a été mis au net, & souscrit par les parties ; & que s'il a été écrit par un tabellion, il n'est point accompli, s'il ne l'a entièrement achevé, & s'il n'est signé aussi des parties ; sur quoi il faut remarquer que d'abord le notaire, à Rome, ne prenoit qu'une note

ou mémoire de la ſubſtance de l'acte qu'on vouloit paſſer ; ce qui s'appelloit *ſcheda*, *nota*, *prima exceptio*, *informis præſcriptio*. Enſuite il tranſcrivoit ce mémoire ſur ſon regiſtre & en étendoit les clauſes : or cette premiere note ou mémoire ne faiſoit aucune foi en juſtice ; ce n'étoit point la minute de l'acte, & elle n'étoit ſignée de perſonne. Le notaire expédioit ſeulement une groſſe de cet acte ; telle qu'il l'avoit redigée & étendue dans ſon regiſtre, laquelle étoit ſignée des parties. Loyſeau, des Offices, l. 2, ch. 5, n. 81, obſerve que le tabellion n'étoit pas tenu de ſouſcrire cet acte, mais ſeulement de l'écrire tout au long : il n'étoit pas néceſſaire auſſi que les témoins ſignaſſent ; il ſuffiſoit que leurs noms fuſſent inſcrits dans l'acte, comme préſens ; & au lieu de cela, les parties & les témoins appoſoient leurs ſceaux ſur la groſſe du contrat ; ce qui s'appelloit, ſuivant la loi, *contract. completio actûs*. Quand il y avoit erreur dans cette groſſe, on avoit recours au regiſtre du tabellion, pourvu qu'il ſe fût chargé de garder un double du contrat ; mais il n'y avoit que les notaires des villes, ou ceux commis par le préſident de la province pour recevoir ces actes, qui étoient tenus d'avoir de ces regiſtres, & non pas les autres notaires.

12. Il faut encore obſerver avec Loyſeau, que les préſidens des provinces avoient avec eux quatre officiers, qui ſervoient auſſi à recevoir différens actes. *Exceptores* étoient ceux qui écrivoient les minutes des ſentences ſous le juge. *Regerendarii* étoient ceux qui mettoient au net les expéditions dans les regiſtres. *Cancellarii*, ceux qui mettoient en forme tous les actes & les ſentences, qui les ſouſcrivoient & les délivroient aux parties ; & *Actuarii ſeu ab actis*, qui recevoient les actes de juriſdiction volontaire, comme les émancipations, les adoptions, &c. & notamment les contrats & les donations qu'on vouloit faire inſinuer.

13. Ce qui fut mis en uſage à Rome, parce que les contrats ne faiſoient pas pleine foi, comme parmi nous ; il falloit auparavant qu'ils fuſſent vérifiés par témoins, c'eſt-à-dire, que les témoins dont les noms y étoient inſcrits, euſſent été entendus devant le juge, ſur la vérité de l'acte, ou qu'ils fuſſent vérifiés par comparaiſon d'écriture, comme

il paroît par la Novelle 73, qui en preſcrit la forme ; & pour s'exempter de cette vérification, on les publioit & on les inſinuoit, *apud acta*, c'eſt-à-dire, en préſence du juge & des parties contractantes : *Geſta autem, quæ tranſlata ſunt in publica monumenta, habebant firmitatem perpetuam, L. ult. C. de re judic.* & on appelloit les actes ainſi inſinués, *ſcripturas publicas ;* au lieu que les actes paſſés ſeulement devant les tabellions, ſe nommoient *forenſes*, quoique quelquefois on les appellât auſſi *publics.*

14. Il faut encore expliquer la Novelle 44, qui défend de couper les protocoles d'un acte ; ce terme a trompé Accurſe, qui a cru qu'il ſignifioit la minute de l'acte, comme remarque M. Cujas ſur cette Novelle. *Matthæus de prob. ch.* 3, *n.* 27, dit que *protocole* étoit une ſimple note ou titre au commencement de chaque cahier de papier, qui marquoit en quel tems le papier avoit été fait, & par quel ouvrier ; & Loyſeau, des offices, l. 2, ch. 5, n. 81, obſerve que, quoique l'ordonnance de 1512, & celle d'Orléans, art. 83, aient entendu par le mot *protocole*, les minutes des notaires, ce n'étoit pourtant à Rome, que la marque du papier ou parchemin qui étoit au haut de la feuille, & non pas au milieu, comme celle du nôtre, où étoit inſcrite l'année en laquelle il avoit été fait.

15. Enfin il faut remarquer qu'à Rome, les actes qu'on appelloit *privés*, étoient ceux qui étoient ſouſcrits par les contractans ſans témoins, ou en préſence de témoins, mais avec moins de trois témoins ; & ces actes ne valoient que quand il s'agiſſoit d'action perſonnelle entre créanciers chirographaires ; car quand il s'agiſſoit d'action hypothécaire, les créanciers, en vertu d'actes publics, leur étoient préférés, quoique poſtérieurs en date ; & ces actes publics, comme il a été dit, étoient ceux qui avoient été ſignés par trois témoins. La Novelle 73 veut que, lorſqu'un des contractans ne ſçait pas écrire, il y ait cinq témoins au lieu de trois, dont l'un ſigne pour lui, ſuppoſé que l'acte ſoit paſſé à la campagne, & qu'il s'agiſſe de plus d'une livre d'or.

16. En France, dans les commencemens de la monarchie, l'ignorance étoit ſi grande, que peu de perſonnes ſçavoient écrire ; ainſi on paſſoit fort peu d'actes,

ce qui rendit la preuve par témoins fort commune ; mais comme on mettoit tout en uſage pour les corrompre, leur foi devint ſi ſuſpecte, que ces peuples groſſiers & barbares eurent recours aux ſuperſtitions dans les matieres civiles, auſſi-bien que dans les matieres criminelles, pour connoître la vérité ou le bon droit des parties ; & les juges peu éclairés, ſe laiſſerent entraîner à l'uſage.

17. Ces preuves ſuperſtitieuſes devinrent même d'une ſi grande autorité, qu'on les appella *jugement de Dieu*, comme ſi Dieu eut été obligé de faire un miracle pour aider leur ignorance : on en diſtingua de deux ſortes ; *la purgation vulgaire*, que l'abus des peuples avoit introduite ; *& la purgation canonique*, qui étoit autoriſée par les canons.

18. Hottoman liv. 4, *de Feudis*, chap. 41, obſerve que la purgation vulgaire ſe faiſoit en ſix manieres différentes, par l'eau froide, par l'eau bouillante, par le feu, par le fer ardent, par le combat en champ clos, par la croix & par l'Euchariſtie. Il ſeroit trop long d'expliquer ici de quelle maniere, & avec combien de cérémonies & de prieres, ſe faiſoient ces épreuves. Il ſuffit d'obſerver que celle par le combat en champ clos, étoit la plus fréquente, & qu'elle a duré juſqu'au quatorzieme ſiécle.

19. C'eſt ce que Bouteiller en ſa Somme rurale, appelle *le champ de bataille mortel*. L'ancienne coutume d'Amiens, dont M. du Cange a tranſcrit le texte dans ſon Gloſſaire *mediæ & infimæ latinitatis*, rapporte toutes les ſolemnités qui y étoient obſervées. Gui-Pape deciſ. 617, & ſuivantes ; Hottoman dans l'endroit ci-deſſus cité ; l'ancien Style du parlement ; Jean le Coq en ſes Queſtions, & M. Charle Dumoulin en ſes Notes ſur ces deux ouvrages, en parle amplement. Au reſte, l'on uſoit de cette preuve en matiere civile ; & Paſquier, l. 4, de ſes Recherches de la France, chap. 20, en rapporte un exemple fort ſingulier qu'il a tiré de l'hiſtoire de Witikind Saxon, l. 2, dont Ant. Mathæus rapporte les termes en ſon traité *de Probat.* chap 2, n. 101, lequel eſt auſſi rapporté par Sigebert, *in Chron ad an.* 942.

20. La queſtion s'étant préſentée, dit cet hiſtorien,

In verbo Campi.

Joannes de Lignano de Duello ; & Beliſarius de certamine ſingulari, in Tract. tractat. & Decretal. T. de pur. Can. & vulg.

Le concile de Trente, ſeſſ. 25, ch. 19, défendit de permettre le combat en champ clos.

Teveneau, T. 7 des crimes, art. 7,

qui répondit à du Moulin, qui dans ce qu'il a écrit sur ce concile, improuve cette défense, comme faite au préjudice de l'ordonnance de 1306, qui les permettoit.

devant l'empereur Othon I, de sçavoir si, en succession directe, la représentation avoit lieu entre enfans, & les docteurs s'étant trouvés partagés sur cette difficulté, cet empereur ordonna que l'on en remît la décision au jugement des armes. On choisit, pour cet effet, deux vaillans champions; & ce combat succéda si heureusement, que celui qui combattoit en faveur de ceux qui soutenoient que la représentation devoit avoir lieu, remporta la victoire sur celui qui soutenoit le parti contraire; en conséquence de quoi, l'empereur ordonna qu'à l'avenir les petits-fils & petites-filles succéderoient à leurs ayeuls & ayeules avec leurs oncles & tantes, comme eussent fait leurs peres & meres, s'ils eussent vécu.

21. La précaution de ces loix barbares alla même si avant sur ce sujet, que, selon le rapport de *Saxo Grammaticus* en son Histoire de Dannemarck, où le champ clos étoit aussi en usage, elles vouloient que les juges du combat réglassent lequel des deux combattans fraperoit le premier; combien de coups ils se porteroient l'un à l'autre; quel intervalle il devoit y avoir entre les coups de chacun des combattans; & ce n'étoit pas par le nombre des plaies, mais par la qualité & la grandeur, que l'on jugeoit lequel des deux étoit vainqueur. Ces sortes de combats furent souvent permis, & souvent défendus par nos rois.

Veterum duellorum institutum hoc fuit, ut priùs quàm adversarii decertarent, constitueretur utri priùs & quoties utrique feriendi potestas fieret; non enim antiquitùs, in edendis agonibus crebræ ictuum vicissitudines petebantur; sed erat cum intervallo temporis, etiam feriendi distincta successio, rarisque sed atrocibus plagis certamina gerebant, ut gloria, potiùs percussionum magnitudine, quàm numero deferretur

On appelloit ces témoins *conjuratores, consacramentales*, & *compurgatores*

22. Philippe le Bel, par son édit de 1306, rapporté par Guy Pape, décis. 617, fut obligé de les permettre pour empêcher les duels, quoiqu'il les eût défendus trois ans auparavant. François I, en 1547, ayant permis un pareil combat entre Jarnac & la Châtaigneraie qui y fut tué, Henri II, dont il étoit le favori, fit serment de n'en accorder plus la permission à personne, &, par cette défense ouvrit, sans y penser, la porte aux duels, chacun croyant qu'il étoit permis de se faire justice soi-même. Les édits de Henri IV, à Blois en 1602, de Louis XIII en 1611, 1613, 1614, 1623 & 1629, furent inutiles pour réprimer une telle fureur: cette gloire étoit réservée à notre siécle. L'édit de 1643, ceux qui ont suivi, & enfin l'édit de 1679; les ont enfin abolis, & leur rigueur, toute excessive qu'elle paroît, est l'ouvrage de la sagesse consommée

conſommée d'un prince qui, en déſarmant une infinité de furieux, a trouvé par ce moyen le ſecret de devenir une ſeconde fois le pere de ſon peuple, par ſa juſtice, comme il l'étoit déja par ſa bonté & par ſa clémence.

23. Quant à la purgation canonique, elle ſe faiſoit par le ſerment; l'accuſé faiſoit jurer, en ſa faveur pluſieurs perſonnes, qu'elles le croyoient innocent du crime dont on l'accuſoit. L'accuſateur en produiſoit de ſon côté, qui juroient que ſon accuſation étoit juſte; & celui des deux, qui avoit un plus grand nombre de témoins, gagnoit ſa cauſe. La loi Salique, T. *de Chrenecruda*, n. 61, parle du nombre de douze témoins que la loi des Friſons appelle *plenum ſacramentum*; & M. Bignon, ſur le chap. 38 du liv. 1 des Formules de Marculphe, dit que Frédegonde, accuſée d'adultère par Chilperic ſon mari, fit jurer trois évêques & trois cens ſeigneurs de ſa cour, qu'ils croyoient que l'enfant né d'elle étoit légitime [*].

[*] C'étoient les Eccléſiaſtiques qui avoient introduit cette eſpece de purgation. Ils ſe plaiſoient à voir, dit M. de Monteſquieu, Eſpr. des loix, t. 3 p. 304 & ſuiv. que dans toutes les affaires ſéculieres on recourût aux égliſes & aux autels; car le ſerment judiciaire ſe faiſoit pour lors dans les égliſes. Mais cette preuve fut ſujette à tant d'inconvéniens & à de ſi grands abus, que bientôt tous les eſprits ſe révolterent & demanderent la réforme.

La nobleſſe ſur-tout, fiere & courageuſe, ne put voir ſans indignation une voie auſſi lâche que celle du parjure, ſervir de déciſion dans tous les cas. Elle crut qu'il étoit plus digne d'elle d'avoir recours à ſon épée. De-là vint l'uſage du combat judiciaire.

Quand on faiſoit une demande, & qu'on voyoit qu'elle alloit être injuſtement éludée par un ſerment, que reſtoit-il à un guerrier, qui ſe voyoit ſur le point d'être confondu, que de demander raiſon du tort qu'on lui faiſoit, & de l'offre même du parjure? Il falloit, ſelon le langage des loix barbares, ôter le ſerment des mains d'un homme qui en vouloit abuſer.

Auſſi Gondebaud, roi de Bourgogne, celui qui autoriſa le plus l'uſage du combat, rend raiſon de ſa loi dans ſa loi même. « C'eſt, dit-il, afin que nos ſujets ne faſſent plus de ſermens ſur des » faits obſcurs, & ne ſe parjurent pas » ſur des faits certains. » Ainſi, tandis que les eccléſiaſtiques déclaroient impie la loi qui permetroit le combat, le roi des Bourguignons regardoit comme ſacrilége celle qui établiſſoit le ſerment.

C'eſt le même motif qui a donné lieu à la conſtitution d'Othon II. « Il s'é» toit introduit (eſt-il dit dans le préam» bule de cette loi) une déteſtable » coutume; c'eſt que ſi la chartre de » quelque héritage étoit attaquée de » faux, celui qui la préſentoit faiſoit » ſerment ſur les évangiles, qu'elle étoit » vraie; & ſans aucun jugement préa» lable, il ſe rendoit propriétaire de » l'héritage. » Ainſi les parjures étoient ſûrs d'acquerir. On s'étoit ſouvent récrié contre cet abus. Les papes avoient pluſieurs fois éludé la réforme, en renvoyant la déciſion de l'affaire devant les conciles où on n'avoit rien décidé. Lorſqu'Othon II, & Conrad roi de Bourgogne, arriverent en Italie, ils eurent à Vérone un colloque avec les ſeigneurs d'Italie; & ſur leurs inſtances réitérées, l'empereur, du conſentement de tous, fit une loi qui portoit que » quand il y auroit quelque conteſta-

24. Pour ce qui eſt de l'uſage de la preuve par écrit obſervée en France, il faut diſtinguer ce qui s'obſervoit dans les premiers tems de la monarchie, de ce qui s'eſt obſervé dans la ſuite. L'auteur de l'excellent Traité *de re diplomaticâ*, liv. 3, ch. 4, diſtingue les actes publics & authentiques de ce tems-là, *notitias publicas*, des actes privés, *notitias privatas*.

25. Les premiers, dit-il, ſe faiſoient devant les juges ou devant les évêques; les autres étoient paſſés devant un notaire (qui lors étoit une perſonne privée) & devant des

» tion ſur des héritages, & qu'une » des parties voudroit ſe ſervir d'une » chartre, & que l'autre ſoutiendroit » qu'elle étoit fauſſe, l'affaire ſe déci- » deroit par le combat; que la même » régle s'obſerveroit lorſqu'il s'agiroit » de matieres de fief; que les égliſes ſe- » roient ſujettes à la même loi, & qu'elles » combattroient par leurs champions. » On voit que la nobleſſe demanda la preuve par le combat, à cauſe de l'inconvénient de la preuve introduite dans les égliſes; que le concours de la nobleſſe & des princes ayant forcé les eccléſiaſtiques à céder, l'uſage du combat judiciaire dut être regardé comme un privilége de la nobleſſe, comme un rempart contre l'injuſtice, & une aſſurance de ſa propriété.

Avant ce tems-là, dans des aſſemblées générales tenues par Charlemagne, la nation lui repréſenta, que dans l'état des choſes, il étoit très-difficile que l'accuſateur ou l'accuſé ne ſe parjuraſſent, & qu'il valoit mieux rétablir le combat judiciaire; ce qu'il fit.

La preuve par le combat avoit, ſans doute ſes abus & ſes inconvéniens; mais ils étoient peut-être moindres que ceux qui naiſſoient du ſerment; car un homme lâche, ſans honneur, & capable d'envahir le bien d'autrui, ne craindra pas de ſe parjurer; mais il ſera très-rare qu'il ait le courage de ſoutenir l'épreuve du combat.

» Je dis donc, continue notre judi- » cieux auteur, que dans les circonſ- » tances des tems où la preuve par le » combat, & la preuve par le fer » chaud & l'eau bouillante fut en uſa- » ge, il y eut un tel accord de ces » loix avec les mœurs, que ces loix » produiſirent moins d'injuſtices qu'elles » ne furent injuſtes; que les effets fu- » rent plus innocens que les cauſes; » qu'elles choquerent plus l'équité, » qu'elles n'en violerent les droits; » qu'elles furent plus déraiſonnables que » tyranniques. »

Depuis que les formes judiciaires eurent remédié à ces abus, les eccléſiaſtiques, par un inconvénient qui n'étoit pas moindre, ni moins intolérable, introduiſirent l'uſage du ſerment dans tous les contrats. Ils croyoient par-là avoir le droit de s'attribuer la connoiſſance de toutes les conteſtations ſur l'exécution des contrats; car ils prétendoient que la connoiſſance de toutes les conteſtations ſur l'exécution des contrats, qui étoient confirmés par ſerment, appartenoit aux gens d'égliſe, parce que le ſerment étant un acte de religion, & le refus d'exécuter une obligation confirmée par ſerment, étant un violement de la religion du ſerment, la religion paroiſſoit intéreſſée dans les conteſtations ſur l'exécution de ces engagemens; ce qui devoit les rendre de la compétence du juge d'égliſe.

C'eſt pourquoi les notaires qui étoient, pour la plûpart, gens d'égliſe, ne manquoient pas d'inſérer dans les contrats qu'ils paſſoient, que les parties avoient fait ſerment de ne contrevenir à aucune clauſe du contrat, & de les exécuter fidélement, afin d'aſſurer aux gens d'égliſe la connoiſſance de l'exécution du contrat: ce ſtyle ſe voit encore dans pluſieurs anciens actes.

témoins qui ſignoient l'acte ; mais l'origine de ces actes privés eſt de beaucoup poſtérieure à celle des actes publics ; car on en trouve fort peu, dit-il, qui ayent été paſſés devant notaire avant l'onzieme ſiécle.

26. Le même auteur, liv. 2, ch. 1, obſerve que, dans les premiers tems, quand on vouloit paſſer un contrat, on l'écrivoit ſur deux peaux de parchemin d'une égale grandeur, & on en donnoit une à chacun des contractans ; ce qu'ils appelloient *chartas pariclas*, ou *pariculas* : ces mots ſont tirés du mot latin *par*, à cauſe que ces deux peaux étoient entiérement pareilles.

M. Bignon, ſur les Formules de Marculphe dit, que ce mot *charta paricla*, ſignifioit auſſi, en ce tems-là, une double expédition de la ſentence du juge que l'on délivroit à chacune des parties, quand elle étoit également avantageuſe à l'une & à l'autre ; & il en rapporte un exemple.

Cette premiere précaution d'écrire l'acte ſur deux peaux de parchemin, & d'en donner une à chacune des parties pour éviter les ſurpriſes, n'ayant pas paru dans la ſuite aſſez ſûre, n'y ayant rien de plus aiſé que de ſuppoſer une copie falſifiée à la place de la véritable, qui n'étoit ſignée de perſonne, & dont il ne reſtoit point de minutes dans les archives, quand les actes n'étoient pas d'une certaine conſéquence.

On s'aviſa, pour une plus grande ſûreté, d'écrire le même acte deux fois ſur la même peau de parchemin, en deux colonnes ſéparées ; & on rempliſſoit l'intervalle qui étoit entre ces deux colonnes, des lettres de l'alphabet, ou de quelque paſſage de l'écriture-ſainte, que l'on écrivoit en gros caracteres. On coupoit enſuite cette peau en deux parties égales, de telle ſorte que les lettres écrites dans l'intervalle de ces deux colonnes, ſe trouvoient diviſées par moitié, & on en donnoit à chacune des parties une moitié ; & s'il arrivoit que la foi de ces actes fût conteſtée, chacun rapportoit la moitié qui lui étoit reſtée : on les rapprochoit l'une de l'autre, & on examinoit ſi ces lettres coupées ſe rejoignoient parfaitement les unes aux autres.

Et quand il y avoit pluſieurs parties contractantes, on

décrivoit l'acte autant de fois, & sur autant de colonnes séparées, avec les mêmes lettres de l'alphabet entre deux, qu'il y avoit de contractans ; & il s'en voyoit où l'acte, par cette raison, étoit écrit jusqu'à douze fois, dit le même auteur. M. du Cange ajoûte qu'il y avoit aussi des chartres, qui au lieu d'être coupées tout droit par la moitié, étoient coupées en forme de scie, en ligne spirale & oblique.

Chartæ indentatæ & identuræ.

Boërius, décis. 105, n. 8, observe que même de son tems cette maniere d'écrire les actes étoit encore en usage, notamment quand il s'agissoit d'un dépôt ; car on donnoit, dit-il, une moitié du parchemin, à celui qui faisoit le dépôt, & l'autre au dépositaire, & c'est de-là, dit-il, qu'est venu ce qu'on appelle en Guienne, aussi-bien qu'en Angleterre, *charte-partie*. Quelquefois aussi, dit-il, les lettres de l'alphabet s'écrivoient du haut de l'acte au bas, ou en plusieurs autres manieres, & on en donnoit à chaque partie comme un échantillon.

Pinault, sur la coutume de Cambrai, T. 5, art. 5, qui porte que *devoirs de loi se doivent prouver par lettres en ferme, ou par record de juges vivans ;* dit que ces mots, *lettres en ferme*, veulent dire, les actes qui reposent au dépôt de la justice, comme il est porté par la coutume de Hainault, ch. 94, §. 4 ; car n'y ayant point en ce pays de garde-note en titre d'office, on a établi une chambre dans l'hôtel de-ville qui s'appelle *ferme*, dans laquelle on dépose un double des actes ou lettres authentiques. Et afin, dit-il, que cet acte ne soit altéré, le notaire peint au milieu d'une peau de parchemin de gros caracteres qu'il coupe ensuite par moitié, sur chacune desquelles il écrit le contrat ; il en donne une à la partie intéressée, & dépose l'autre dans la ferme ou chambre qui y est destinée : il observe aussi, comme Boërius, que cette maniere d'empêcher que les actes ne soient falsifiés, a été pratiquée à l'égard du dépôt, même dès le tems de Tancrede, jurisconsulte qui vivoit en l'an 1220, ainsi que le rapporte ce docteur, §. 1 *de instrum edit. in summâ apud Specul.* & cette invention, ajoûte Pinault, étoit encore plus ancienne dans son origine, puisque chez les Romains, suivant la remarque d'Isidore dans les Stipulations, *stipulam*

frangebant, quam iterum jungentes, ſuas ſponſiones cognoſcebant.

27. Le même auteur *de re dipl.* dit que les actes privés, *notitiæ privatæ*, furent introduits en France à l'occaſion des donations, parce qu'elles ſe faiſoient auparavant par la ſeule tradition ; & comme il étoit de néceſſité que le donataire fût ſaiſi & mis en poſſeſſion des biens qui lui étoient donnés, on fut enfin obligé d'en dreſſer un acte par écrit, qui pût faire foi de ce qu'elles contenoient. Le donateur, dit-il, avoit coutume de marquer le nombre des témoins qui y avoient aſſiſté, par autant de croix, quand ils ne ſçavoient pas écrire ; & quand on diſconvenoit de l'acte, on faiſoit appeller les témoins pour leur faire rendre témoignage de vive voix de ce qui s'y étoit paſſé. Il ajoûte, livre 2, ch. 18, que vers l'onzieme ſiécle, on ſe contentoit en France d'appoſer ſon ſceau ou cachet ſur les actes, au lieu de les ſigner, & que le notaire ſe contentoit d'y exprimer les noms des témoins qui y avoient été préſens.

28. Cet uſage ſe pratiquoit auſſi dans les lettres-patentes de nos rois, dit cet auteur ; & le chancelier, après avoir exprimé les noms des princes & autres ſeigneurs qui y aſſiſtoient, & qui, pour l'ordinaire, ne ſignoient point, y appoſoit le ſceau du roi ſeulement ; mais il eſt conſtant que les rois de la premiere race ſignoient les actes de leur propre main. Sous la ſeconde race, Pepin ne faiſoit qu'une croix, & Charlemagne, qui avoit beaucoup de difficulté à écrire, ne ſignoit que rarement, & introduiſit l'uſage de faire ſigner ſes lettres-patentes par ſon chancelier.

Miraumont en ſon Traité de la Chancellerie, rapporte un exemple de lettres-patentes ſignées par Charlemagne, écrites & ſcellées de ſon ſceau par ſon chancelier.

28. Loyſeau, l. 2 des Offices, ch. 5, obſerve qu'en France les procès n'étant pas ſi fréquens autrefois, les juges ſe ſervoient de leurs clercs pour greffiers & pour notaires tout enſemble ; ce qui leur fut défendu par l'ordonnance de Philippe le Bel, en 1303 ; & Philippe le Long par ordonnance de 1319, déclara que les ſceaux & écritures (c'eſt-à-dire les greffes & tabellionnages) étoient de ſon domaine. Il ajoûte, *ibid.* n. 61, que ce fut Charles VIII qui ſépara le premier les greffes & notariats des juges royaux, par ſon ordonnance de 1493, en conférant les

prévôtés en titre d'office, & donnant à ferme celles des greffiers & des notaires [*]. Paſquier, l. 4 de ſes Recher-

[*] Les notaires ſont des officiers publics, dont la fonction eſt de rédiger par écrit, & dans la forme preſcrite par les loix les actes, conventions & dernieres diſpoſitions des hommes. Les actes, qu'ils reçoivent, ſont authentiques, lorſqu'ils ſont accompagnés des ſolemnités requiſes.

Il faut pour cela, que l'acte ſoit reçu dans le lieu où cet officier a caractere d'officier public, & le pouvoir d'inſtrumenter.

Les notaires des châtelets de Paris, Orléans, Montpellier, par un privilége particulier, ont le droit de recevoir des actes par tout le royaume.

Quoiqu'il y ait des réglemens qui ont défendu aux notaires ſubalternes de recevoir des actes entre d'autres perſonnes que les juſticiables de la juriſdiction où ils ſont établis, & pour d'autres biens que ceux ſitués en leur territoire; néanmoins ces actes ne laiſſent pas de paſſer pour authentiques; pourvu qu'ils ſoient reçus par des Notaires qui ſoient officiers publics, & qui aient les qualités requiſes; ces réglemens ayant été regardés comme des loix burſales, & n'ayant pas eu d'effet.

Si le notaire ou officier public étoit interdit de ſes fonctions, lorſqu'il a reçu l'acte, l'acte ne ſeroit point authentique; mais il pourroit valoir au moins comme une écriture privée, & faire un commencement de preuve par écrit.

Il faut auſſi, pour l'authenticité de l'acte, que les formalités requiſes aient été obſervées: par exemple, que le notaire ſe ſoit fait accompagner d'un autre notaire, ou de deux témoins; que ſon acte ſoit ſur du papier timbré dans les pays où le timbre eſt en uſage; qu'il ſoit controllé dans le tems marqué par les ordonnances.

Un acte paſſé par-devant notaires dans la forme preſcrite par les loix, produit trois principaux effets. Le premier eſt d'avoir une date certaine, & de faire foi en juſtice; enſorte que l'on ne ſeroit pas reçu à prouver par témoins le contraire de ce qui y eſt énoncé.

La ſignature de l'officier public donne même une pleine foi aux ſignatures des parties qui l'ont ſouſcrit. Il n'eſt pas néceſſaire par conſéquent de les faire reconnoître.

Néanmoins les actes authentiques peuvent être attaqués de faux; mais juſqu'à ce que l'accuſation de faux ait été jugée, ils font foi par proviſion.

Les actes authentiques font foi principalement contre les perſonnes qui étoient parties, leurs héritiers, & ceux qui ſont en leurs droits; ils font pleine foi contre ces perſonnes de tout le diſpoſitif de l'acte, c'eſt-à-dire de ce que les parties ont eu en vue, & qui a fait l'objet de l'acte.

Ils font pleine foi de ce qui ſeroit exprimé en termes énonciatifs, lorſque les énonciations ont trait à la diſpoſition. *Molin. in Conſ. part.* §. 8, *gl.* 1, *n.* 10. Par exemple, ſi quelqu'un, par un acte, paſſe reconnoiſſance d'une rente en ces termes: *Reconnoît qu'une telle maiſon par lui poſſédée, eſt chargée envers Robert préſent, de tant de rente par chacun an, dont les arrérages ont été payés juſqu'à ce jour, & en conſéquence, s'oblige de la lui continuer;* ces termes, *dont les arrérages ont été payés*, quoiqu'ils ne ſoient qu'énonciatifs, & qu'il ne ſoit pas exprimé que Robert reconnoît les avoir reçus, font néanmoins foi du payement contre Robert, partie à l'acte, parce qu'ils ont trait au diſpoſitif de l'acte, & qu'il devoit être queſtion, dans l'acte, de ce qui étoit effectivement dû des arrérages de cette rente.

A l'égard des énonciations qui ſe trouvent dans l'acte, leſquelles ſont abſolument étrangeres au diſpoſitif de l'acte, elles peuvent bien faire quelque demi-preuve; mais elles ne font point une preuve entiere, même contre les perſonnes qui ont été parties à l'acte. *Molin. ibid.*

L'acte prouve contre un tiers *rem ipſam*, c'eſt-à-dire que la convention, qu'il renferme, eſt intervenue. *Molin. ib. n.* 8.

Par exemple, l'acte qui renferme le contrat de vente d'un héritage, prouve,

ches, ch. 14, rapporte que d'abord il y eut des tabellions qui recevoient la minute & expédioient la groſſe des actes paſſés devant eux ; que dans la ſuite ils furent obligés de prendre des clercs, qui enſuite ſe ſéparerent d'eux, & furent nommés *notaires*, parce qu'ils recevoient la minute ou premiete note des actes ; enſuite on portoit cette minute au tabellion qui la mettoit au net, & en délivroit la groſſe en forme, toute ſcellée, & en gardoit la minute pour y avoir recours.

Il eſt auſſi conſtant que les tabellions n'ont été créés en titre d'office, que par François, I en 1542 & 1543, & par leur édit de création, confirmé par celui de Henri II du 4 Octobre 1554, il eſt défendu aux juges, lieutenans & greffiers, de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire entre les parties, comme ils faiſoient auparavant. Dans la ſuite les offices de tabellions & garde-notes furent réunis à ceux des notaires par l'édit de 1597, qui ordonna qu'ils feroient la fonction de tabellions & celle de garde-notes, dont les offices avoient été créés par édit de 1575 pour garder les minutes des notaires, décédés, & en délivrer des expéditions aux parties. A l'égard des gardes des ſceaux aux contrats, ils ont été créés dans les juſtices royales par Charles IX, par un édit de 1568.

30. Il faut ajoûter à ce qui vient d'être dit, que la ſignature des actes publics, ou privés, n'a pas été d'abord en uſage en France ; Paſquier, l. 4 de ſes Recherches, ch. 13, le prouve par un paſſage de S. Bernard, que Loyſeau rapporte auſſi, liv. 2 des Offices, chap. 4 ; &

même contre un tiers, qu'il y a eu effectivement une vente de cet héritage, contractée dans le tems porté par l'acte.

Mais l'acte ne fait pas foi contre un tiers, qui n'y a pas été partie, de ce qui y eſt énoncé. *Molin. ibid. n.* 10.

Par exemple, s'il eſt énoncé dans le contrat de vente, que la maiſon du vendeur a un droit de vue ſur la maiſon voiſine, cette énonciation ne ſera aucune preuve contre le propriétaire de la maiſon voiſine, qui n'étoit pas partie à l'acte.

Cette régle ſouffre exception ; car *in antiquis enunciativa probant*, même contre les tiers, lorſque ces énonciations ſont ſoutenues de la longue poſſeſſion. *Cravett. de antiq. temp. p.* 1, *cap.* 4, *n.* 20.

Le ſecond effet des actes authentiques, eſt qu'ils emportent hypothèque ſur les biens de l'obligé, quand même il n'en ſeroit pas fait mention.

Le troiſieme eſt qu'étant ſcellés du ſceau de la juriſdiction dans laquelle les notaires ſont immatriculés, ils peuvent être mis à exécution, ſans qu'il ſoit beſoin de mandement ni de permiſſion du juge.

celui qui faiſoit un acte, ſe contentoit d'y appoſer ſon cachet avec ſes armes, ſans le ſigner. Dans les actes publics on ſe ſervoit de ſceau, comme il vient d'être obſervé; même dans les teſtamens des princes, on appoſoit le ſceau de tous les témoins, ainſi que rapporte Iginard du teſtament de Charlemagne, qu'il fit ſceller du ſceau de tous les évêques, abbés & comtes de ſa cour, afin de les obliger à l'exécuter; & la raiſon pour laquelle on ſe ſervoit de ſceaux ou cachets, dit Loyſeau au même endroit, eſt parce que peu de perſonnes, ſçachant écrire dans les premiers tems, les ſceaux & les cachets étoient plus aiſés à reconnoître que n'eût été la ſignature parmi des gens qui ne ſçavoient pas écrire. Il obſerve encore que les ſceaux que les juges appoſoient à leurs ſentences, changeoient d'abord à chaque mutation de juge, mais que le roi Philippe le Long ayant réuni à ſon domaine les ſceaux des prévôtés & juſtices royales, auſſi bien que les écritures (ſous lequel mot étoient compris les greffes & les notariats) les ſceaux devinrent publics, ſoit pour les actes de juſtice, ſoit pour les contrats des particuliers; & on grava les ſceaux des armes de France, qu'on appoſoit ſeulement auparavant aux expéditions où le roi parloit, c'eſt-à-dire, dans les lettres de chancellerie, & dans les arrêts des cours ſouveraines. C'eſt de cet ancien uſage dont Boiceau fait mention dans cette préface, quand il dit qu'il a vu pluſieurs autres titres qui n'étoient ſignés d'aucun notaire, mais auxquels il y avoit ſeulement un ſceau appoſé.

31. Ce qu'il eſt important de ne pas ignorer, eſt que par l'artcle 84 de l'ordonnance d'Orléans, & par l'article 175 de celle de Blois, il eſt ordonné aux notaires de faire ſigner aux parties les actes qu'ils reçoivent. L'ordonnance de Louis XII de 1418, art. 65, & celle de François I de 1535, chap. 19, veulent même que les notaires connoiſſent les parties contractantes; ce qui eſt conforme au ſentiment de *Julianus anteceſſor in epitome novellar.* qui dit que le témoin doit connoître la partie contractante, & que quand cette partie ne ſçait pas écrire, le témoin doit ſçavoir par lui-même, ſi ce fait eſt véritable.

Teſtibus aſſumendis qui hæredem cognoſcant, l. 22, C. de jure delib.

32. L'article 166 de l'ordonnance de Blois s'eſt contenté

tenté d'ordonner que quand l'acte ſeroit paſſé dans une ville ou dans un gros bourg, eſquels vraiſemblablement on peut recouvrer témoins qui ſçachent ſigner, & que la partie ne peut ſigner, le notaire ſoit tenu d'appeller un témoin qui ſigne avec lui; & parce que cette ordonnance ne prononce point dans cet article la peine de nullité, comme dans l'article précédent, ſouvent dans les villages le notaire ſigne ſeul l'obligation, & déclare que les parties ne ſçavent point ſigner, ſans y appeller aucuns témoins; ce qui peut cauſer beaucoup d'abus.

33. Mais quand le notaire, les parties & les témoins ont ſigné l'acte, il ne peut être plus détruit par la dépoſition contraire du notaire & des témoins qui y ont ſigné, parce que leur foi eſt engagée par leur ſignature; outre que la preuve par témoins n'eſt pas recevable contre un acte par écrit, & authentique, ſuivant l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, & l'art. 2, T. 20 de l'Ordonnance de 1667, & ce que dit Papon ſur ce ſujet, T. 3 de ſes Notaires, page 74.

34. Boiceau remarque auſſi au même endroit, que nos ancêtres faiſoient plus de cas de la preuve par témoins, que de celle par écrit, & que quand elles étoient contraires, celle par témoins l'emportoit; ce qui eſt auſſi atteſté par Bouteiller en ſa Somme rurale, T. 106, où il rapporte cette maxime : *Témoins par vive voix, détruiſent lettres.* Il ajoûte pourtant qu'*en matiere de rentes annuelles, lettres ſont plus à croire que vive voix de témoins, ſi on ne propoſe fauſſeté contre leſdites lettres.*

Mais la corruption des témoins étant paſſée juſqu'à l'excès, on a été obligé de reſtreindre cette preuve, L. *Teſtium facilitatem*, C. *de Teſtibus* & la Novelle 50, font voir que le même déſordre étoit arrivé du tems de Juſtinien. Enfin l'ordonnance de Moulins qui a été recue avec beaucoup de ſuccès par tous les parlemens du royaume, a reſtreint cette preuve aux affaires de peu de conſéquence en matiere civile.

35. Le parlement de Toulouſe qui, ſuivant ce que dit Maynard, l. 6, chap. 76, envoya des députés à Charles IX, comme il a été remarqué, pour obtenir cette diſ-

position particuliere de l'ordonnance de Moulins, au sujet de la preuve par témoins, y a néanmoins apposé plusieurs restrictions, sur-tout au sujet des testamens.

36. Au reste l'ordonnance de 1667 doit être observée par tout le royaume, dans les dispositions qu'elle a ajoûtées à l'ordonnance de Moulins, à laquelle elle a dérogé à cet égard.

ADDITIONS A BOICEAU ET A DANTY.

C'Est un principe certain que, pour admettre à la preuve testimoniale dans le cas où elle est admissible, le juge doit avoir égard à l'espece de témoins qu'on propose, & ne point admettre légèrement la preuve, si ce sont des gens suspects; par conséquent, l'admission de la preuve testimoniale dépend beaucoup de la qualité des témoins qui sont proposés: c'est pourquoi nous avons cru qu'il ne seroit pas hors de propos de dire ici quelle est notre jurisprudence à cet égard, quel nombre & quelles qualités elle exige dans les témoins, & comment nous procédons à la preuve testimoniale; ce dont n'ont point parlé Boiceau ni Danty, ou dont ils ont dit très-peu de chose.

Du nombre & des qualités requises par notre jurisprudence actuelle dans les témoins, & de la maniere de procéder à la preuve testimoniale.

1. La déposition d'un seul témoin ne peut faire une preuve. *Ad unius testimonium nullus condemnabitur*, Numeror. XXXV, 30. *Testis unus, testis nullus*, dit la loi, quelque digne de foi qu'il soit, & en quelque dignité qu'il soit constitué; *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat*, L. 9, Cod. *de Testibus*.

2. Mais un témoin unique, dit M. Potier, Traité des Oblig. t. 2, pag. 397, fait une semi-preuve, laquelle étant soutenue du serment, peut quelquefois, dans des matieres très-légères, completter la preuve.

Ce qui n'est pas contraire à ce que dit Imbert, *Pract. Civil.* l. 1, chap. 50, que cet usage de déférer le serment sur la déposition d'un seul témoin, n'est point observé en France, à cause de la facilité qu'ont les hommes aujourd'hui de jurer, & de faire serment; M. Potier ne l'admettant que dans des matieres très-légères.

3. C'est par cette raison qu'on n'a pas égard à la déposition des témoins qui déposent de faits singuliers. L. *ob carmen, in fin. ff. de Testib.* Quand même il y auroit mille témoins singuliers, dit M. Bornier, Confer. sur l'Ordonnance de 1667, ils ne feroient pas plus de foi qu'un seul, suivant tous les jurisconsultes. Il faut pourtant remarquer que, s'il s'agit de prouver quelque chose *in genere*, comme le droit de chasse, le droit de dîmes, ou que quelqu'un est fol, &c. on reçoit en ce cas les dépositions des témoins, quoique singulieres, d'autant que, par rapport à la fin principale de ce dont ils deposent, l'on peut concilier leurs dépositions.

Un auteur moderne dont nous respectons les lumieres, décide la même chose, même pour des cas où il s'agiroit de quelque chose de particulier: Par exemple, dit-il, si j'ai été admis à prouver que je vous ai prêté dix pistoles, qu'un témoin dépose avoir été présent au prêt, & m'avoir vu vous compter l'argent, qu'un second dépose vous avoir entendu me faire l'aveu de la dette. *Cravett. de Antiq. temporum* au 17e tome *de Tract. p. 175, n. 15, & seqq.* décide que ces deux

témoins ſinguliers de chaque fait forment une preuve du prêt. La raiſon eſt que l'aveu que vous m'avez fait du prêt, ſuppoſant le prêt, la dépoſition du ſecond témoin conſpire avec le premier, pour atteſter le prêt; ils dépoſent l'un & l'autre avoir connoiſſance du prêt : le prêt qui eſt l'unique fait à la preuve duquel j'ai été admis, ſe trouve donc atteſté par deux témoins, & par conſéquent pleinement prouvé.

Je ne ſçais pas ſi cette déciſion eſt bien sûre; car enfin il eſt queſtion ici de deux faits bien différens l'un de l'autre, qui ne ſont atteſtés, chacun en particulier, que par un ſeul témoin: or un ſeul témoin ne fait pas preuve. Il n'eſt pas prouvé que le premier témoin ait été préſent au prêt, & qu'il m'ait vu dépoſer l'argent, parce qu'un ſeul le dépoſe. Il faut dire la même choſe du ſecond fait. Le prêt ne ſe trouve donc atteſté par les deux témoins, que d'une maniere indirecte; & leur dépoſition n'étant pas préciſément la même, on ne peut pas dire qu'elle prouve le prêt. Les deux témoins ne conſpirent, pour atteſter le prêt, que parce qu'ils ont tous les deux le prêt pour objet; ce qui eſt néceſſaire pour que leur dépoſition ſoit pertinente & admiſſible. Si le fait dont ils font mention, étoit étranger à la queſtion, leur dépoſition ſeroit nulle & impertinente : *Fruſtra probatur quod probatum non relevat.* Mais ce n'eſt pas tout d'avoir évité ce vice. Il y en a un autre à craindre, qui eſt celui de la ſingularité : or la ſingularité n'eſt pas couverte préciſément, parce que les dépoſitions ont un même objet, il faut encore qu'elles ſe prouvent l'une l'autre; ce qui ne peut être lorſqu'elles parlent de faits différens, comme dans l'exemple ci-deſſus allégué. Autrement il n'y auroit jamais d'occaſion où on pourroit oppoſer à des témoins le reproche de ſingularité.

4. Il faut donc au moins deux témoins pour former une preuve teſtimoniale; mais deux ſuffiſent. *In ore duorum aut trium teſtium ſtabit omne verbum.* Deuteron XIX, 15. La raiſon, dit l'auteur de l'Eſprit des loix, t. 1, p. 382, exige deux témoins, parce qu'un témoin qui affirme, & un accuſé qui nie font un partage; & il faut un tiers pour le vuider. Il peut y avoir des cas où la loi exige plus de deux témoins; mais lorſque la loi ne dit rien à ce ſujet, deux ſuffiſent. *Ubi lex nihil definivit, duo ſufficiunt*, L. *Ubi* 12, *ff de Teſtib.*

Lorſqu'une perſonne prétend avoir deux différentes créances, à la preuve deſquelles elle a été admiſe, il faut qu'elle prouve chaque créance, par la dépoſition de deux témoins : ſi elle avoit fait entendre deux témoins, dont l'un atteſtât l'une, & l'autre atteſtât l'autre, chacune n'étant atteſtée que par un témoin unique, elle n'auroit fait la preuve d'aucune : c'eſt une conſéquence du principe que nous avons établi.

5. Quoique deux témoins ſuffiſent pour faire la preuve d'un fait, néanmoins comme la partie qui a été admiſe à la preuve, n'eſt pas aſſurée de ce que les témoins dépoſeront, elle en peut faire entendre juſqu'à dix ſur un même fait.

Mais l'ordonnance de 1667, tit. 2, art. 21, défend de faire entendre plus de dix témoins en matiere civile, ſur un même fait; autrement la partie ne pourra être rembourſée des frais qu'elle aura faits pour en faire entendre un plus grand nombre, quand même elle obtiendroit tous les dépens.

M. Bornier excepte la matiere d'uſure dans laquelle dix témoins, dit-il, n'en valent qu'un, parce que les témoins ne doivent être parties, & qu'en fait d'uſure, il n'y a guères que ceux qui ſont parties & auxquels on a prêté, qui puiſſent avoir connoiſſance de l'uſure. Cet auteur n'a pas bien ſaiſi la juriſprudence à cet égard. En effe, ſi ſon avis étoit ſuivi, la preuve de l'uſure ſeroit impoſſible; l'obſcurité dont les uſuriers ont ſoin de couvrir leurs criminelles manœuvres, ne permettant pas qu'on puiſſe réunir contre eux un ſi grand nombre de témoins. Mais loin qu'il en ſoit ainſi, au contraire, la loi fait tous ſes efforts pour venir au ſecours d'un malheureux débiteur contre un créancier uſurier; & au lieu que, dans les autres matieres, la dépoſition d'un témoin ſingulier ſur chaque fait, ne peut faire preuve, dans celle-ci le témoignage de dix perſonnes, quoiqu'ils dépoſent de divers prêts, même de ceux où ils ont été parties, lorſqu'il

eſt joint à la publique renommée, eſt regardé comme preuve ſuffiſante. Voilà le véritable expoſé de la juriſprudence. *Voyez* aux Addit. ſur le ch. 6 de la 2e part. la note du n. 9.

6. L'art. 5 du tit. 22 de l'ordonnance veut que les témoins ſoient aſſignés pour dépoſer. Des témoins qui ſe préſentent eux-mêmes, dit M. Jouſſe Comment. ſur l'ordonnance, deviennent ſuſpects, & on ne doit pas avoir égard à leurs dépoſitions.

7. Pour ce qui eſt des qualités requiſes dans les témoins, il faut diſtinguer deux différentes eſpeces de circonſtances, où le miniſtere des témoins eſt néceſſaire: l'une, lorſqu'il eſt queſtion de la confection d'un acte; l'autre, lorſqu'il s'agit de procéder à la preuve d'un fait en juſtice.

Dans le cas de la confection d'un acte, comme d'un teſtament, d'une donation, &c. les témoins étant requis pour la ſolemnité de l'acte, leur fonction eſt une fonction civile; d'où il ſuit que ceux qui ſont incapables de ces fonctions, ne peuvent être témoins dans cet acte. C'eſt pourquoi:

1° Les étrangers non naturaliſés n'y ſont pas admis.

2° Ni les mineurs qui n'ont pas vingt ans accomplis. *Voyez* l'Ord. de Teſt. art. 39. & celle des réſignat. art. 3. L'arrêt de réglement du 2 Juillet 1508, qui avoit décidé la même choſe, porte que cette diſpoſition ſera obſervée dans les contrats, actes & teſtamens.

3° Ceux qui ont perdu l'état civil volontairement, comme les religieux; un religieux curé ne peut donc pas être témoin, même dans le teſtament de ſon paroiſſien, quoiqu'il eût pu le recevoir comme curé; car la loi, en lui permettant de remplir une cure, lui permet de faire les fonctions civiles qui y ſont attachées, mais non les autres qui ſont indépendantes de la qualité de curé. Potier, Cout. d'Orl. Intr. au tit. des Teſt.

4° Ceux qui ont perdu l'état civil, malgré eux, ſoit qu'ils l'ayent perdu par une condamnation à une peine infamante, ſoit qu'il ſoit ſeulement ſuſpendu par quelque décret de priſe de corps, ou d'ajournement perſonnel d'un juge ſéculier. *Ibid.*

5° Les femmes; la pudeur de leur ſexe qui ne leur permet pas *in cœtibus hominum verſari*, les ayant toujours fait regarder incapables des fonctions civiles. *L. 2, ff. de Reg. jur.* Ordonnance des Teſt. art. 40; celle des réſign. art. 3.

6° Les novices, quoiqu'ils n'aient pas encore perdu l'état civil, ne peuvent, par la même raiſon, être témoins dans les actes: l'habit qu'ils portent devant les éloigner de toutes les fonctions civiles & ſéculieres.

7° La ſignature des témoins étant requiſe dans les actes, il ſuit de-là que ceux qui ne ſçavent pas ſigner, n'y peuvent être témoins. L'art. 166 de l'ordonnance de Blois veut que, des deux témoins appellés à la paſſation d'un acte dans les villes & gros bourgs, l'un d'eux au moins ſçache ſigner, ſi les parties ne ſignent pas: l'arrêt de réglement de 1685 exige auſſi que, des deux témoins préſens aux actes des notaires, il y en ait un au moins qui ſçache ſigner.

Ainſi la ſignature de l'un des témoins ſuffit pour les actes ordinaires. Mais s'il eſt queſtion de ſommations reſpectueuſes, de teſtamens, de codicilles, de permutations ou réſignations de bénéfices, il faut que tous les témoins ſçachent & puiſſent ſigner. *Voyez* l'arrêt de réglement du 27 Août 1692; l'Ord. des Teſtam. art. 44; & la Déclar. du 14 Février 1737.

8° L'ordonnance exclut auſſi de cette fonction les clercs & domeſtiques du notaire, ou autre perſonne publique qui reçoit l'acte. Ord. art. 42

9° Il y a même certains actes pour leſquels l'ordonnance exclut le témoignage des parens & alliés des contractans. *Voyez* la Déclar. du 14 Février 1737, concernent les réſign.

10° A l'égard des teſtamens, ceux à qui le teſtateur a fait par ſon teſtament, quelque legs, ſoit univerſel, ſoit particulier, n'y peuvent être témoins. Ord. art. 43.

Il en eſt autrement des témoins qui ſont produits en juſtice pour la preuve d'un fait. Les femmes, les religieux, les étrangers non naturaliſés ſont admis à

déposer en justice : la raison de cette différence est qu'on a le choix des témoins qu'on appelle pour la solemnité des actes ; au lieu qu'on ne peut produire pour déposer d'un fait, que ceux qui en ont connoissance. Ainsi la qualité de citoyen n'est pas nécessaire en cette occasion. Nous n'avons pas non plus absolument égard à l'état & à la dignité. Nous n'avons pas fait, comme les Romains, la distinction odieuse & injuste de différentes classes de témoins ; & nous ne pesons pas leur or & leur argent.

Les richesses ne sont que trop souvent le fruit du crime, & les compagnes du vice. Elles ne font jamais le mérite, elles ne le suppoſent pas même ; au contraire, elles énervent assez ordinairement les sentimens, corrompent les mœurs, & gâtent l'esprit & le cœur : ce qui n'empêche cependant pas que la vertu & la probité ne se rencontrent souvent dans les richesses. D'un autre côté, si l'état de médiocrité & de frugalité est le séjour ordinaire de la probité, & le centre de toutes les vertus, il faut convenir aussi qu'il est des ames perverses qui se portent d'elles-mêmes au mal, lorsque tout conspire à les exciter au bien, & qu'il se trouve autant de corruption dans les pauvres que dans les riches. On peut même dire qu'une extrême pauvreté ne laisse guères de ressource aux sentimens d'honneur & au desintéressement ; &, comme dit Loyseau, Instit. tit. des preuves, régl. 12, *pauvreté n'est pas vice ; mais en grande pauvreté, n'y a pas grande loyauté.*

Ainsi ces qualités de *pauvre* & de *riche* n'ont rien d'absolu & sur lequel on puisse asseoir un jugement certain. Aussi nos législateurs n'ont-ils rien prononcé sur ce sujet. Ce sont les qualités personnelles de l'esprit & du cœur, auxquelles on doit faire attention dans une matiere aussi importante. C'est pourquoi il faut que les témoins que l'on produit,

1° Soient sains d'esprit, & jouissent d'une parfaite raison. Il n'est pas douteux que la déposition d'un enfant & celle d'une insensé doivent être rejettées. Cependant il est des cas où elles peuvent servir d'indices.

A l'égard des impuberes qui approchent de la puberté, & qui, par conséquent, commencent à avoir quelque usage de raison, leurs dépositions, dit M. Potier Cout. d'Orl. *loco cit.* ne doivent pas être rejettées indistinctement ; mais cela doit être laissé à la prudence du juge qui peut admettre la déposition de ces personnes, lorsqu'elle est bien circonstanciée, & que le fait sur lequel elles ont rendu témoignage, n'est pas au-dessus de la portée de leur jugement.

Rien n'empêche, dit M. Jousse, *loco cit.* qu'un témoin pubere puisse déposer de ce qu'il a vu pendant qu'il étoit encore pupille.

2° Il faut, dans les témoins, de la droiture & des mœurs *fidei & mores*, *L.* 2, *ff. de Testibus ;*

De la droiture ; ainsi le plus léger mensonge dans les témoignages, suffit pour les décréditer dans leur entier. *Testis totam testimonii fidem partis mendacio decolorat.* Can. *Pura.* 17, *causa* 3, *q.* 9. *Idem est*, dit Balde sur le ch. *Cùm causam* 37, *n.* 25 *de Test. nullam rationem reddere, & reddere illam non semper bonam, neque congruam.* Ce seroit même un reproche légitime contre un témoin, si on prouvoit que, dans d'autres occasions, il n'a pas craint de porter un faux témoignage. (*Ubi semel quis pejeraverit, ei credi postea, etiamsi per plures Deos juret, non oportet.* Cic. *pro Rabir. posth. C.* 36.)

Des mœurs. Ainsi les dépositions de ceux qui ont encouru l'infamie par quelque condamnation, & qu'on appelle *infâmes de droit*, doivent être rejettées.

La simple suspension de l'état de bonne fame, qui résulte d'un décret de prise de corps rendu contre une personne, doit faire rejetter sa déposition, parce que, pour qu'un témoin soit digne de foi, il ne suffit pas qu'il soit exempt de crime, il faut encore qu'il soit exempt de tout soupçon légitime.

Il en est de même d'un décret d'ajournement personnel, lorsque le titre d'accusation sur lequel il est rendu, peut être susceptible d'une peine infamante. Ord. de 1667, tit. 23, art. 2.

Le reproche pour cauſe d'empriſonnement, ou de décret a lieu, non ſeulement contre ceux qui ſont actuellement ſous la main de la juſtice, mais même contre ceux qui y ont été autrefois, quoiqu'ils ſoient libres pour l'inſtant préſent. L'ordonnance, *loco cit.* le ſuppoſe par ces paroles : *S'il eſt avancé dans les reproches que les témoins ont été empriſonnés, mis en decret, condamnés ou repris de juſtice.*

Il ne faut pas conclure de cet article, qu'un témoin ſoit reprochable par cela ſeul qu'il a été empriſonné ou décrété. Il faut que cet empriſonnement ou ce décret ait été ſuivi de condamnation, pour rendre le reproche valable. Le juge peut ſeulement faire quelqu'attention ſur cet empriſonnement, ou ce décret, pour avoir moins d'égard à la dépoſition du témoin. *Voyez* Maynard, liv. 4, ch. 75.

Ces reproches, ſuivant ledit art. 2 de l'ordonnance, doivent être juſtifiés avant le jugement du procès, par des écroues d'empriſonnement, décrets, condamnations, ou autres actes.

Il y a une infamie de fait, qui eſt attachée à certaines profeſſions, telles que celles des farceurs, bateleurs, comédiens, &c ; on l'applique auſſi à ceux qui ſont notoirement uſuriers, &, en général, à tous ceux qui menent une vie ſcandaleuſe & infâme. *Teſtimonium propter turpitudinem vitæ, ſordeſque domeſticas nullius momenti putatur.* Cic. *in Vatin. n.* 1. Suivant la diſpoſition des loix Romaines, ils ne pouvoient être reçus à porter témoignage en juſtice. La loi des douze tables dit : *Improbus inteſtabilisque eſto.* Juſtinien le dit auſſi, *Inſt. lib.* 2, *tit.* 10 *de Teſtam. ordin.* §. 6. *Neque ii quos leges jubent improbos inteſtabilesque eſſe, poſſunt in numerum teſtium adhiberi.* Dans notre uſage ils ſont dénonciateurs & témoins, comme les autres ; mais c'eſt au juge à ajoûter plus ou moins de foi à leur dépoſition, ſuivant la qualité de l'affaire dont il s'agit, & ſelon qu'ils ſont plus ou moins ſuſpects.

Il faut remarquer que le témoignage des infâmes même de droit, eſt admis dans les accuſations pour crime de léſe-majeſté, où la dénonciation de toutes ſortes de perſonnes eſt reçue. On reçoit même dans les crimes ordinaires la dépoſition de toutes ſortes de témoins indiſtinctement, comme un farceur de preuves ; de ſorte que lorſqu'elles s'accordent avec d'autres, elles ne laiſſent pas d'être de quelque conſidération, ſuivant que la prudence du juge lui ſuggere.

3° Suivant l'art. 11 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, les parens & alliés des parties, juſqu'aux enfans des couſins iſſus de germains inclusivement, ne peuvent être reçus pour témoins pour dépoſer en leur faveur ou contre eux ; car les parentés & alliances, ainſi que l'obſerve M. Puſſort, Procès-verbal de l'Ordonnance, tit. 24, p. 335,) ſont, *apud concordes excitamenta caritatis, apud iratos irritamenta odiorum.*

Cette régle ſouffre cependant deux exceptions.

1° Toutes les fois qu'il s'agit de prouver l'âge, l'état ou le décès de quelqu'un, & que les regiſtres qui pourroient conſtater ces choſes, ſont perdus ; alors on doit faire entendre les parens en dépoſition, perſonne ne pouvant être mieux inſtruit qu'eux à ce ſujet.

Il en eſt de même lorſqu'il s'agit de prouver une parenté ou une alliance. Théveneau, ſur les Ordonnances, l. 3, tit. 13, art. 5.

2° Lorſqu'il s'agit de vérifier un fait qui s'eſt paſſé dans le ſecret d'une famille, dont les étrangers n'ont pu avoir que peu de connoiſſance. Le Preſtre, cent. 3, ch. 119

La même raiſon qui fait exclure les parens & alliés, qui eſt la crainte de partialité, doit auſſi faire exclure tous ceux qui ont quelqu'intérêt perſonnel à la déciſion de la cauſe. (L. 3 & 10, ff. *de Teſtibus*, *L. omnibus* 10, *ibi* & DD. Cod. *de Teſtibus.*) *Qui ob aliquod emolumentum ſuum cupidius aliquid dicere videntur, iis credi non convenit.* Cic. *pro Fonteio, n.* 17 ; & dans l'Oraiſon *pro Roſcio Amerino : More majorum comparatum ut in minimis rebus homines ampliſſimi teſtimonium de ſuâ re non dicerent, n.* 102.

Par exemple, ſi, en conſéquence d'un commencement de preuve par écrit ;

j'ai été admis à faire preuve teſtimoniale que vous m'aviez vendu un certain héritage, la dépoſition des ſeigneurs de qui l'héritage releve, doit être rejettee, parce qu'ils ont intérêt à la déciſion de la cauſe, à cauſe des profits qui leur ſeroient dûs, s'il étoit jugé qu'il y a eu une vente.

C'eſt ſur le même fondement de ſoupçon de partialité qu'on ne doit pas recevoir dans une cauſe le témoignage de l'avocat ni du procureur de l'une ou de l'autre des parties, *L.* 25, *ff. de Teſt.* Leu témoignage ſeroit ſuſpect de partialité, s'ils étoient témoins en faveur de leurs parties; & il y auroit de l'indécence à les admettre à être témoins contre elles.

Par la même raiſon, un tuteur, un curateur ne peut être témoin ni pour ni contre ſon mineur; des fabriciens, & autres perſonnes ſemblables, *ni pour ni contre leur fabrique.*

Par la même raiſon, lorſqu'un corps eſt partie, les membres de ce corps ne doivent pas être reçus à porter témoignage. Il en eſt autrement des parens alliés, ou ſerviteurs de l'un des membres de ce corps.

Par la même raiſon encore, on ne doit pas entendre ceux qui peuvent être ſoupçonnés de quelque inimitié. L'inimitié peut aveugler les plus grands hommes, & ceux dont la probité eſt la plus reconnue; c'eſt pourquoi on doit toujours ſuſpecter le témoignage d'une perſonne prévenue de cette paſſion, quelque recommandable qu'elle ſoit d'ailleurs, & quelque intégrité qu'elle ait toujours fait voir. *Quantus (in L. Craſſo) pudor fuerit, quòd ingenium, quanta autoritas, quis ignorat? Tamen is, cujus etiam ſermo teſtimonii autoritatem habebat, teſtimonio ipſo, quæ in M. Marcellum inimico animo dixit, probare non potuit.* Cic. *pro Fonteio, n.* 14 *& ſeq.* L'inimitié eſt toujours préſumée quand on eſt en procès avec le témoin, pourvu cependant qu'il s'agiſſe d'un procès conſidérable, *vel de omnibus bonis, vel de majore parte bonorum*, comme il eſt dit en la loi 21, *ff. de Excuſ. tutor.* La Novelle 90, ch. 7, porte que celui qui a un procès criminel contre quelqu'un, ne peut être témoin contre lui, mais qu'il le peut ſi le procès n'eſt que civil. C'eſt auſſi le ſentiment de Godefroi en ſes Notes ſur cette Novelle. Cette diſtinction de la Novelle, appuyée de l'avis de Godefroi, nous paroît trop générale. Les procès civils ne cauſent pas moins d'aigreur & d'inimitié entre les parties, que ne peuvent faire les procès criminels. On voit même aſſez ſouvent des haines très-ſérieuſes, & accompagnées des plus funeſtes ſuites, avoir pour origine de légères conteſtations.

Il faut cependant obſerver que ce reproche d'inimitié, pour être valable, doit procéder d'une cauſe antérieure à la dépoſition du témoin. Autrement il ſeroit à craindre que la partie à laquelle cette dépoſition pourroit faire préjudice, n'intentât un procès contre ce témoin, & ne prétendit par-là avoir un moyen ſuffiſant de reproche contre lui.

Si le témoin eſt ſaiſi & exécuté à la requête de la partie, *aut vice verſâ*, on peut regarder cette exécution comme le ſujet d'une inimitié capitale.

Il ne ſuffit pas d'alléguer cette inimitié en termes généraux; il faut en exprimer la cauſe & le ſujet.

4° Pour ce qui eſt des ſerviteurs & domeſtiques, c'eſt mal-à-propos que quelques-uns tiennent qu'on ne doit pas recevoir leur témoignage. Ce n'eſt pas là la diſpoſition de l'ordonnance, tit. 22, art. 4; elle veut ſeulement que l'on faſſe mention de ces qualités, non pour les exclure, mais pour y avoir égard par le juge, ſuivant les circonſtances. En effet, ſi l'intention de l'ordonnance eut été de rejetter le témoignage des ſerviteurs & domeſtiques, elle n'auroit pas manqué de s'expliquer à ce ſujet; mais ne l'ayant pas fait, c'eſt une preuve qu'elle a laiſſé ces choſes à l'arbitrage du juge. On cite à cet égard la loi 6, ff *de Teſt.* qui dit: *Idonei non videntur eſſe teſtes quibus imperari poteſt ut teſtes fiant.* Mais cette loi ne reçoit pas ici une application parfaite. Cela eſt dit des eſclaves & des fils de famille, qui étoient ſoumis à une puiſſance, à laquelle il n'étoit pas en leur pouvoir de ſe ſouſtraire; au lieu que nos ſerviteurs ſont des perſonnes libres,

On ne peut mieux faire que de ſuivre là-deſſus les diſpoſitions de droit. Quand le ſerviteur dépoſe contre ſon maître, il ſemble que ſon témoignage doit être reçu, & qu'il eſt d'autant moins ſuſpect, ſuivant la loi 8, Cod. *de Teſtib.* C'eſt ainſi que le penſe Gui-Pape, queſt. 45. Mais quand un ſerviteur dépoſe en faveur de ſon maître, alors ſon témoignage doit être rejetté, ſuivant la même loi. Jouſſe & Potier, *loc. cit.*

Il y a même des cas où les ſerviteurs & domeſtiques ſont témoins néceſſaires, par exemple, dans le cas d'une demande en ſéparation, de mauvais traitemens de mari à femme. De même quand une femme eſt accuſée de ſouſtraction des effets de la ſucceſſion de ſon mari, la principale preuve réſide toujours en la bouche de ſes domeſtiques, ſans quoi on n'auroit preſque jamais de preuve. *Nam ea quæ domi geruntur non facilè per alios poſſunt confiteri.* Voyez la loi 8, § 6. Cod. *de Repudiis. Cùm de ſervis dominos quari noluiſſent Romani, de inceſtu tamen & conjuratione, quærendum putaverunt.* Cic. *Orat. partit. n.* 118. Ce qui a lieu auſſi, en général, toutes les fois qu'on ne peut avoir autrement la preuve.

5° On peut encore reprocher un témoin qui a été corrompu, ou ſéduit; & cette ſéduction eſt toujours préſumée, lorſque le témoin, depuis l'aſſignation pour dépoſer, a reçu quelque préſent de la partie, & quelquefois même lorſqu'il a bu & mangé chez elle; mais ſi le témoin avoit mangé au cabaret avec la partie, ſans être défrayé, il n'y auroit pas lieu à ce reproche. Tout cela dépend des circonſtances, & de la qualité des perſonnes.

C'eſt auſſi une ſorte préſomption de ſéduction, lorſqu'il eſt prouvé que la partie, qui produit le témoin, lui a dreſſé par écrit ſa dépoſition. Arrêt du 11 Août 1696, au Journ. des Aud. tom. 5.

Au reſte, dans une matiere auſſi importante, & tout-à-la-fois auſſi délicate, les juges ne ſçauroient apporter trop d'attention, de prudence & de diſcernement. Ils doivent avoir continuellement devant les yeux cette éloquente leçon de l'orateur Latin : « *Si ingenioſi & periti, & æqui judicis has partes eſſe exiſ-* » *timatis, ut quoniam quidem teſtes dicunt, ſine ullâ dubitatione credendum ſit, ſa-* » *lus ipſa virorum fortium innocentiam tueri non poteſt.... Si hoc præſumptum lege* » *aut officio putatis teſtibus credere, nihil eſt cur alius alio judice melior aut ſa-* » *pientior exiſtimetur. Unum eſt enim & ſimplex aurium judicium, & promiſcuè &* » *communiter ſtultis ac ſapientibus à naturâ datum. Quid eſt igitur ubi elucere poſ-* » *ſit prudentia? Ubi diſcerni ſtultus auditor & credulus à religioſo & ſapienti ju-* » *dice? Nimirum illud in quo ea quæ dicuntur à teſtibus, conjecturâ & cogitatione* » *traduntur, quantâ æquitate animi, quantâ autoritate, quanto pudore, quantâ* » *fide, quantâ religione, quanto ſtudio exiſtimationis bonæ, quantâ curâ, quanto* » *timore dicantur.... Fuit illis judicibus divinum ac ſingulare conſilium qui ſe* » *non ſolùm de reo, ſed etiam de accuſatore, de teſte judicare arbitrabantur quid* » *fictum, quid fortuitum, ac tempore allatum, quid pretio corruptum, quid ſpe* » *aut metu depravatum, quid à cupiditate aliquâ aut inimicitiis profectum vide-* » *retur. Quæ ſi judex non amplectetur omnia conſilio, non animo ac mente cir-* » *cumſpiciet; ſi quidquid ex illo loco dicatur, ex oraculo aliquo dici arbitrabi-* » *tur, profectò ſatis erit non ſurdum judicem huic numeri, atque officio præeſſe:* » *nihil erit quamobrem ille neſcio quis ſapiens homo ac multarum rerum peritus, ad* » *res judicandas requiratur.* » Pro Fonteio, *n.* 11 *& ſeqq.*

8. Il n'eſt pas permis de ſe diſpenſer de paroître en juſtice, pour dépoſer de ce qu'on a vu & entendu, lorſqu'on eſt aſſigné pour cela. Le témoignage eſt un hommage que nous devons à la vérité, & une juſtice que nous ne pouvons refuſer à nos concitoyens. Selon la loi des douze tables, tout le monde étoit obligé de porter témoignage dans l'occaſion, ſous peine d'être déclaré infâme. La loi *Julia* fit des exceptions en faveur de pluſieurs perſonnes, qui ne pouvoient être contraintes à dépoſer en matiere criminelle, comme le gendre contre le beau-pere, le beau-pere contre le gendre, le beau-fils contre ſon beau-pere, le beau-pere contre ſon beau-fils, les couſins & couſines les uns contre les autres, ni même

même les enfans des cousins & cousines ; à plus forte raison, les enfans contre leurs pere & mere, & les pere & mere contre leurs enfans : cela se suppose nécessairement. D'ailleurs la loi 6 *Cod.* l'a décidé. (*Parentes & liberi adversùs se nec volentes ad testimonium admittendi sunt.*) L'ordonnance de 1667, comme nous l'avons déja dit, déclare au tit. 22, art. 11, que les parens & alliés des parties, jusqu'aux enfans des cousins issus de germains inclusivement, ne peuvent être reçus pour témoins, pour déposer en leur faveur ou contre eux.

A l'exception de ceux-là, tous ceux qui seront assignés pour être témoins doivent, selon l'art. 8 du même titre, comparoir au jour de l'assignation, à peine de dix livres, & même d'emprisonnement, dans le cas de manifeste désobéissance ; comme si l'exploit, dit M. Jousse, faisoit mention expresse que la partie a déclaré par sa réponse, qu'elle ne comparoîtroit pas.

Quand même les témoins, dit le même auteur, auroient des raisons valables pour se dispenser de déposer, il faut toujours qu'ils comparoissent à justice, à moins qu'ils ne soient dans l'impuissance de le faire, auquel cas ils doivent proposer leurs éxoïnes.

Les religieux, quoiqu'ils soient morts civilement, non-seulement peuvent comparoir en justice comme témoins ; mais encore ils peuvent être contraints de le faire, par le juge séculier, à moins qu'ils ne déclarent qu'ils ne sçavent rien que par le moyen de la confession, ou par la confidence qu'on leur en a faite, en demandant leur conseil.

L'article de l'ordonnance que nous venons de citer, semble ne pas obliger les religieux, ne prononçant qu'une peine de dix livres contre le témoin qui refuse de comparoir, laquelle ne peut être exécutée contre un religieux qui n'a rien à lui ; mais celle de 1670, pour les procès criminels, oblige le supérieur de les faire comparoir, à peine de suspension de leurs privilèges, d'autant que les informations sont des actes nécessaires qui servent au public pour l'éclaircissement des crimes qui nuisent à la société. On peut appliquer ce motif de l'ordonnance aux affaires civiles, les enquêtes n'étant pas moins nécessaires pour la conservation des biens & des droits des particuliers. Par exemple, s'il s'agissoit d'un recelé commis par un héritier dans la maison d'un malade, les religieux qui l'assistoient, doivent dire ce qu'ils ont vu ; la chose s'étant passée dans l'intérieur de la maison, ils sont témoins nécessaires, aussi-bien que les domestiques même. L'on pourroit dire la même chose à l'égard de ce qu'ils voient hors de leurs cloîtres. Ils ne sont pas moins obligés que les autres hommes de rendre temoignage à la vérité ; & puisqu'ils veulent sortir & se mêler dans la société civile, il est juste & raisonnable de les contraindre à déposer de ce qu'ils ont vu & entendu. D'ailleurs, s'ils acceptent très-souvent de déposer en matiere civile, sous prétexte de la permission de leurs supérieurs, il ne doit pas dépendre d'eux de s'en abstenir selon leur caprice.

9. On peut attaquer les dépositions par la voie des reproches contre les témoins, s'ils manqnent des qualités que nous venons de détailler, ou qu'ils soient infectés de quelques-uns des vices dont nous avons fait mention. On peut encore attaquer les dépositions en elles-mêmes de deux manieres ; 1° en montrant qu'elles sont nulles dans la forme ; 2° en faisant voir que ces dépositions sont fausses, contraires, ambiguës ou affectées ; qu'elles contiennent des contradictions : (*Testis unus contradicens alteri, neutri credi debet.* Bruneau, *Obs. crim. tit.* 19, *max.* 12.) ou des choses hors de vraisemblance ; qu'elles ne sont pas concluantes ; qu'elles sont singulieres, vacillantes, &c.

10. Il faut sur-tout, pour qu'une déposition soit valable, que le témoin, qui dit avoir connoissance du fait, explique comment il a cette connoissance, *L.* 4, *Cod. de Test.* Par exemple, si je veux prouver que vous m'avez vendu une telle chose, il ne suffit pas que le témoin dise en termes vagues, qu'il a connoissance que vous m'avez vendu cette chose ; il faut qu'il explique comment il a cette connoissance, en disant, par exemple, qu'il étoit présent au marché, ou

qu'il vous a entendu dire que vous m'avez fait cette vente ; s'il disoit qu'il le sçait pour l'avoir entendu dire à un tiers, sa déposition ne feroit pas de preuve.

11. Il y a deux manieres de procéder à la preuve testimoniale. En matiere criminelle, on la fait par la voie de l'information, qui est une procédure sécrette, dans laquelle le juge doit ouïr & examiner les témoins qui lui sont présentés séparément & secrettement, sans être accompagné d'autre personne que du greffier, & même hors de la présence de l'accusé. Il est même défendu au greffier, par l'art. 15 du tit. 6 de l'ordonnance de 1670, de communiquer les informations ou autres piéces secrettes du procès criminel. Cependant on en donne connoissance à l'accusé, par le moyen de la confrontation ; & c'est alors qu'il lui est permis de proposer ses reproches contre les témoins, & d'attaquer leurs dépositions. Il n'y a guères ordinairement que la partie dénonciatrice qui produit des témoins, l'accusé n'en fait pas entendre de son côté. Il le peut cependant ; & l'ordonnance criminelle, art. 4 du tit. 28 lui permet de produire des témoins pour justifier des faits qui sont à sa décharge. Le juge peut, en ce cas, dit Bornier, *eod. tit.* en faveur de l'innocence de l'accusé, nommer ses parens & alliés au degré, même la femme pour le mari, & le mari pour la femme, suivant la doctrine de Balde, *in L. Parentes C. de Test.* quoique l'affection du sang les rende suspects & les intéresse en l'injure faite à l'accusé. Charond. en ses Pandect. l. 4, ch. 1. Bourdin, en son Addition sur ledit art. 159, & plusieurs autres auteurs. Mais c'est avec cette restriction pourtant, que le juge ne prendra pas leurs dépositions pour concluantes : *Sed inspecta facti & personarum qualitate, ejus religioni relinquitur, quanta sit eis fides adhibenda.* Julius Clarus, *quæst.* 24, *n.* 20. Il est encore permis à l'accusé de faire ouïr les témoins qui lui ont été confrontés, sans, pour cela, les approuver, ni se départir des reproches par lui allégués contre eux. Ainsi jugé par arr. du parl. de Paris, rapporté par Papon, l. 24 de ses Arrêts. D'où il faut conclure qu'on ne peut pas reprocher les témoins de l'accusé, parce qu'on n'admet pas *reprobatoria reprobatoriorum.*

12. En matiere civile, le juge, sur la demande de la partie, rend une sentence interlocutoire, par laquelle il lui permet de faire la preuve testimoniale qu'elle a offert de faire, sauf à la partie adverse à faire la preuve du contraire. Cette sentence s'appelle un Appointement à faire enquêtes.

13. La preuve, qu'une partie a faite par la déposition de deux ou de plusieurs témoins qui ont attesté le fait par elle avancé, n'est valable qu'autant qu'elle ne se trouve pas détruite par l'enquête de l'autre partie, qui, de son côté, a produit des témoins qui ont attesté le contraire. Par exemple, si, sur une demande en réparation d'injures, j'ai fait entendre des témoins qui ont dit qu'ils étoient présens à la querelle, & que vous m'avez dit telles & telles injures que je n'ai pas repoussées, & que, de votre côté, vous en ayez fait entendre qui ont dit que c'est moi qui vous ai dit des injures que vous n'avez pas repoussées, les enquêtes en ce cas se détruisent mutuellement, & il n'en résulte de part & d'autre aucune preuve.

Mais si mes témoins étoient en beaucoup plus grand nombre que les vôtres ; ou bien si les miens étoient de bons bourgeois, gens d'une probité reconnue, & les vôtres des gens de la lie du peuple ; la preuve qui résulte de mon enquête devroit prévaloir, & ne seroit pas détruite par la vôtre. (*Arg. l.* 3, §. 2, *ff. de Test.*) *Numerus testium, dignitas, & autoritas conjurat rei de quâ quæritur fidem.*

14. La preuve par témoins n'est pas admise indistinctement en toute sorte de cas. Ainsi,

1° Elle n'est pas admise quand il s'agit de l'interprétation d'une coutume, d'un usage, pour lesquels on faisoit autrefois des enquêtes par turbes. (Ordonnance de 1667, tit. 13, art. 1 ;) mais on a recours en ce cas aux actes de notoriété.

2° On ne l'admet pas non plus, à moins qu'il n'y ait une instance liée ; & les examens à futur ont été abrogés par l'art. 1 du même titre.

3° Il faut que les faits dont on demande la preuve soient pertinens & ad-

miſſibles, c'eſt-à-dire, qu'ils puiſſent opérer la déciſion de la cauſe. *Fruſtra probatur quod probatum non relevat. L. ad Probat. Cod. de Probat.*

4° Il faut qu'ils ſoient de nature à être prouvés. Ainſi, ſi on demandoit à faire la preuve d'une négative pure & ſimple, cette preuve ne devroit pas être admiſe.

5° Il y a des cas où l'on ne doit pas admettre à la preuve d'un fait: Par exemple, quand on voit que cette demande n'eſt faite que pour prolonger la cauſe, & qu'il eſt évident que cette partie n'y eſt pas fondée; ou du moins le juge doit obliger la partie qui demande cette preuve à nommer ſur le champ des témoins, à l'exemple de ce qui s'obſerve pour la preuve des faits juſtificatifs. *Voyez* l'art. 4 du tit. 28 de l'ordonnance de 1670. *Voyez* auſſi l'art. 8, au titre des Récuſat. du procès-verbal de l'ordonnance, pag. 337.

Il faut auſſi obſerver que quand un procès peut être expédié par un point de droit, ou par une fin de non recevoir qui paroît évidente, on ne doit jamais admettre les parties en faits contraires. Ord. de 1535, ch. 12, art. 11. *Voyez* auſſi Theveneau ſur les Ord. liv. 3, tit. 17, art. 4.

6° Enfin on ne doit point admettre la preuve teſtimoniale en toutes matieres de conventions ou choſes qui y ont rapport, lorſque la ſomme dont il eſt queſtion, excede la valeur de cent livres. Telle eſt la diſpoſition de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, & de l'art. 2 du tit. 20 de celle de 1667; & c'eſt l'objet de ce traité.

CHAPITRE PREMIER.

Du Commentaire de Boiceau sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, dans lequel il est prouvé que cette ordonnance a eu lieu du jour qu'elle a été publiée.

SOMMAIRE.

1. *Division de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins en deux parties.*
2. *L'ordonnance n'a disposé que pour l'avenir.*
3. *Arrêt qui juge que l'authentique* Ut facta nova constitutio, *n'a lieu en France.*

AVONS ORDONNÉ QUE DORÉNAVANT, &c.

1. CETTE premiere partie de l'ordonnance se subdivise en deux autres. Dans l'une elle ordonne que toute convention qui excède cent livres, soit rédigée par écrit. Dans l'autre, elle défend de demander la preuve d'aucun fait, outre & contre ce qui est écrit, ni qu'il a été plus dit qu'écrit, comme on disoit autrefois (ainsi qu'il est vulgaire en droit) à l'égard des pactes dont on étoit convenu, à l'instant que le contrat avoit été passé, ou quelque tems après. La preuve par témoins est donc rejettée & abrogée en l'un & en l'autre cas.

2. Ce qui n'a été ordonné que pour avoir lieu à l'ave-

a *Toto tit. Plus valere quod agit C.*

b *L. Juris gentium, §. quinimo, ff. de Pact.*

L. Petens C. l. Lecta. ff. de reb. cred.

L. Pacta conventa de contrahen. empt. ff.

1. HÆC prima pars habet duo membra : unum est, ut de re quâcunque centum libras excedente, nonnisi in scriptis contrahatur : alterum, ut nihil præter, vel ultrà, vel contra contractum allegari possit, nec testibus probari, tanquam plus dictum, quàm scriptum, ut olim dicebatur, & passim in jure repetitur, *a* de his quæ incontinenti, vel ex intervallo pascifcebantur : de quibus plura in jure notantur. *b* Utroque ergo casu rejecta & abrogata est testium probatio.

nir, ainſi qu'on peut induire de ce mot *dorénavant*, parce qu'une loi nouvelle ne regarde que l'avenir, ſi ce n'eſt quand il s'agit d'une choſe qui concerne les mœurs, & d'une matiere où il y a péché, comme à l'égard de l'uſure.

3. Mais à l'occaſion de ce mot *dorénavant*, j'ai vu agiter une difficulté ſur une conteſtation qui arriva dans le tems que cette ordonnance fut faite; car il s'agiſſoit de la renonciation verbale, faite par une perſonne à une donation qui lui avoit été faite. Le donateur ſoutenoit que le donataire avoit déclaré qu'il ſe contentoit du ſimple uſufruit de ce qui lui avoit été donné : cette renonciation à la proprieté fut alléguée en jugement; & les parties ayant conteſté, elles firent entendre des témoins de part & d'autre : enfin il intervint ſentence en faveur de celui qui avoit prouvé par témoins, que cette renonciation à la proprieté des choſes données étoit véritable. De laquelle ſentence le donataire, non-ſeulement interjetta appel, mais auſſi de la permiſſion que le juge avoit accordée de faire preuve de ce fait par témoins; & ayant pris auſſi un relief d'appel de l'ordonnance du juge qui avoit permis cette preuve, ces deux appellations furent jointes. L'appellant alléguoit pour grief ſur ce chef, la contravention à cet article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui défend la preuve par témoins. L'intimé (qui étoit le donateur) repliquoit qu'il

---

2. Quod pro futuris ſolummodò negotiis inductum eſt, ex hoc verbo *dorénavant :* cùm futura tantùm Lex nova reſpiciat : *a* niſi agatur de moribus & materiâ peccati, ut in uſuris. *b*

3. Sed ſuper hoc verbo *dorénavant*, vidi dubium naſci in quâdam lite, ſuper facto quod eodem legis tempore acciderat. Nam agebatur de quâdam renuntiatione verbaliter factâ proprietati cujuſdam donationis, quæ ad ſimplicem uſum-fructum conſenſu donatarii reducta per actorem dicebatur. Hæc renuntiatio allegata in lite fuit; & conteſtatione factâ, partes hinc inde teſtibus probârunt. Tandem, lata eſt ſententia pro eo qui renuntiationem teſtibus probaverat. Quâ ſententiâ prolatâ, pars adverſa, nedum ab eâ, ſed à litis conteſtatione, quâ judex teſtium probationem admiſerat, appellavit. Et in appellationis cauſâ, obtento ad appellandum reſcripto, utraque appellatio juncta fuit. Appellans pro gravamine, quo ad hunc articulum, de probatione teſtibus admiſſâ, hanc novam conſtitutionem allegabat. Adverſa verò pars inſtabat probationem ſuam bonâ fide factam fuiſſe, judice permittente, nec aliqua teſtium ſubornatio

a *L. Præcipimus C. de appell. L. Leges. C. de leg.*

b *L. penul. & finali. C. de uſu.*

avoit fait ſa preuve de bonne foi, en vertu de la permiſſion du juge, & que l'appellant n'objectoit point qu'il y eût eu aucune ſubornation de témoins de ſa part; & quant à cette ordonnance, il ſoutenoit qu'elle étoit ſi récente & ſi nouvelle, (puiſqu'il n'y avoit qu'un mois qu'elle avoit été vérifiée en parlement,) qu'elle n'étoit preſque venue encore à la connoiſſance de perſonne; qu'ainſi il avoit une juſte raiſon de l'ignorer, laquelle ignorance étoit plutôt de fait que de droit, & que par conſéquent cette ordonnance ne lui pouvoit pas être oppoſée, particuliérement dans le préſidial de Poitiers, éloigné de près de cent lieues de la ville de Paris; & qu'ainſi il ſembloit que cette ordonnance ne pouvoit obliger perſonne à l'obſerver qu'après deux mois au moins du jour qu'elle avoit été reçue, après lequel tems il y auroit lieu de préſumer que chacun en auroit connoiſſance, ſuivant la diſpoſition de la Novelle de Juſtinien, dont l'intimé alléguoit la diſpoſition. Nonobſtant ces défenſes, néanmoins le parlement de Paris jugea par ſon arrêt en faveur de l'appellant, &, ſans avoir égard à l'enquête, adjugea la propriété des biens donnés à l'héritier du donataire; ce qui nous apprend que ce parlement illuſtre a reçu cette ordonnance avec tant de faveur, qu'il a voulu qu'elle fût obſervée dès le jour qu'elle avoit été publiée, & qu'ainſi il a jugé que la Novelle de Juſtinien n'étoit pas obſervée dans ce royaume.

---

vel corruptio objiciebatur. Et quod ad legem novam attinebat, tam recens & nova erat (ut potè à menſe tantùm in ſenatu promulgata) ut nemini ferè notoria eſſet, & ideò juſtam ignorantiæ cauſam habebat: quæ ignorantia magis facti quàm juris erat: ideoque ei objici hæc Lex Regia non debuerat. *a* Et maximè in Pictonum Provinciâ, quæ centeſimo ferè lapide diſtat à Lutetiâ. Et ſic ſubditos ligare non videbatur, niſi poſt duos menſes, aut longiorem temporis tractum, quo veriſimiliter omnibus hæc Lex innotuiſſet, ſecundùm Juſtiniani Novellam: *b* quâ ſe omninò reus in cauſâ appellationis defendebat. His tamen non obſtantibus, pro appellante, arreſto Curiæ, *c* judicatum fuit, & teſtium probatione rejectâ, proprietas donationis hæredi donatarii, reſpectu bonorum donantis, adjudicata fuit. Ex quo edocti ſumus, ſacratiſſimum ſenatum hanc legem, ſummo cum ſtudio, & exactiſſimâ devotione, amplecti voluiſſe ab ipſâ die promulgationis & publicationis in curiâ: ideoque ſupradictam Juſtiniani Novellam in hoc regno non obſervari.

a *L. Error. & L. penult. ff. de jur. & fact. ignor.*

b *In Auth. Ut facta noua Conſt. poſt niſi ear. poſt duos menſ. val. collat.* 5.

c *An* 1575, *die* 7 *Sept.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE I.

SOMMAIRE.

1. *Arrêts rendus en exécution de l'article* 54 *de l'ordonnance de Moulins.*
2. *L'autenthique* Ut facta, *n'eſt pas obſervée en France.*
3. *L'ordonnance de Moulins & celle de* 1667 *ne défendent point la preuve par témoins des faits.*
4. *Arrêts rapportés par Charondas.*
5. *Eſpeces dans leſquelles la preuve eſt admiſſible.*
6. *Réflexion ſur cette déciſion, & de l'uſage qu'on en peut faire.*
7. *Si le juge qui a appointé les parties à faire preuve contre la diſpoſition de l'ordonnance de Moulins, peut révoquer ſa ſentence.*
8. *Si on peut ſtipuler que la preuve par témoins ſera reçue nonobſtant la prohibition de l'ordonnance.*
9. *Si le juge peut refuſer la preuve par témoins, quoique celui contre lequel on la demande n'allégue pas la prohibition de l'ordonnance.*
10. *L'ordonnance de Moulins & celle de* 1667 *ont lieu à l'égard des eccléſiaſtiques.*
11. *Si l'ordonnance de Moulins doit être obſervée entre étrangers.*
12. *Pourquoi on a ajoûté dans ce traité les ordonnances des pays étrangers, concernant la preuve par témoins.*
13. *L'article* 19 *de l'édit perpétuel des archiducs, tiré de l'article* 54 *de l'ordonnance de Moulins.*
14. *Si cet article* 19 *de l'édit perpétuel, l'article* 54 *de l'ordonnance de Moulins & l'ordonnance de* 1667 *ſont obſervés en Haynaut, dans le parlement de Tournay, & en la province d'Artois.*
15. *Nulle fin de non recevoir contre l'article* 19 *de l'édit perpétuel.*
16. *Opinion de Romélius, que cet édit ne défendoit la preuve par témoins, que quand elle étoit articulée contre des actes par écrit.*

17. *Si, nonobſtant cet article* 19, *la preuve par le ſerment eſt recevable.*

18. *Examen des cas où le ſerment eſt admiſſible. Différence entre ce que la loi appelle* inopia probationum *&* defectus probationum.

19. *Sentimens des docteurs ſur ce ſujet.*

20. *Si, quand il y a une fin de non-recevoir introduite par la coutume, le ſerment peut être déféré à celui en faveur duquel elle eſt acquiſe.*

21. *Diſtinction entre le ſerment volontaire & le ſerment néceſſaire.*

22. *Si après le ſerment prêté la preuve du contraire peut être admiſe.*

23. *Maxime générale ſur cette matiere.*

24. *Du ſerment* in litem.

25. *Si le juge, après avoir déféré le ſerment* in litem, *peut ne le pas ſuivre.*

26. *Si la preuve par témoins eſt admiſſible contre l'affirmation de celui entre les mains duquel un créancier a ſaiſi ce qu'il devoit à ſon débiteur.*

27. *Si la preuve par témoins eſt reçue contre les réponſes faites ſur faits & articles, & affirmées véritables.*

28. *Si, en conſéquence de la dépoſition d'un ſeul témoin, le juge peut déférer le ſerment pour ſupplément de preuve.*

29. *Interrogatoire ſur faits & articles, reçu dans les Pays-bas.*

30. *Par quel motif la loi a introduit l'interrogatoire ſur faits & articles.*

31. *De la reconnoiſſance d'une dette faite par le débiteur hors jugement, & ſi la preuve par témoins eſt permiſe.*

32. *De la reconnoiſſance faite en jugement.*

33. *Si la prohibition de la loi, qui défend la preuve par témoins contre les actes, a lieu contre un tiers qui n'y eſt point partie.*

34. *Si la preuve par cinq ou par trois témoins peut être admiſe contre un acte par écrit.*

35. Quid, *quand le juge a permis une enquête, nonobſtant la prohibition de la loi.*

36. *Expédient dont on ſe ſert à Milan & à Naples, pour contrevenir*

contrevenir aux ordonnances qui défendent la preuve par témoins.

37. *Cas eſquels le ſtatut* 88 *de Milan n'a point lieu.*

1. LA queſtion que propoſe Boiceau dans ce chapitre, ne pouvant plus faire aucune difficulté au ſujet du tems qui a précédé l'ordonnance de Moulins, il ſuffira, pour faire voir avec quelle faveur elle a été obſervée par tout le royaume, dès ce tems-là, d'ajoûter à l'arrêt que Boiceau rapporte, celui rapporté par M. Louet, lettre D, n. 33, rendu à ſon rapport le 28 Juin 1599, par lequel, dans une cauſe où il s'agiſſoit d'un dépôt, & en laquelle par conſéquent la preuve par témoins étoit favorable, il fut jugé que l'enquête faite en vertu de l'appointement de contrarieté, & reçue en juſtice par le premier juge qui l'avoit ordonnée en cauſe principale, ne devoit point être vue en cauſe d'appel, comme étant inutile à la déciſion du procès, parce qu'elle étoit contraire à cet article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui rejette la preuve par témoins au-deſſus de cent livres; Brodeau, *ibid.* rapporte d'autres arrêts conformes de 1608 & 1617. La raiſon de ces arrêts eſt qu'outre que les ordonnances ſont de droit public, contre leſquelles par conſéquent on ne peut alléguer de fin de non-recevoir, celle de Moulins regarde l'utilité publique, n'ayant été faite que pour l'abbréviation des procès, & pour éviter la ſubornation des témoins. Néanmoins Charondas, liv. 3, Réponſ. chap. 76, dit que, dans les premiers tems, après l'ordonnance de Moulins on douta de cette maxime, & que l'on jugeoit que, par l'appointement de contrarieté, l'exception qui réſulte de cette ordonnance, étoit couverte; mais que depuis, la cour jugea le contraire, & que, quoique les enquêtes fuſſent faites, elles ne devoient pas être lues [*].

[*] Bien que la partie n'eût pas interjetté appel de l'appointement à faire enquêtes, & qu'elle eût fait ſon enquête. *Voyez* l'arrêt de M. Louet qui vient d'être cité, & Charondas, l. 2 de ſes Rép. rep. 91. Et ſi le juge a reçu la preuve d'un fait contre les termes de l'ordonnance, & que la partie n'en ait pas appellé, la cour peut en ce cas avertir le procureur de faire que ſa partie en appelle, ſuivant l'avis des chambres, atteſté par M. le Preſtre en ſa 3e cent. ch. 114, (Conſér. de Born.)

M. Jouſſe, dans ſon Comment. ſur l'ord. de 1667, tit. 20, art. 2, croit cependant que ſi la partie, qui a inté-

2. A l'égard de l'Authentique 66, dont parle Boiceau, non-seulement elle n'eſt point reçue ſuivant nos mœurs ; mais tout le monde ſçait que le Code Juſtinien, ni les Novelles n'ont jamais eu lieu en France, parce que quand il les fit publier, les Gaules ne relevoient plus de l'empire Romain, & la France avoit des rois ſouverains ; que ſi l'on obſerve le droit Romain, ce n'eſt que comme raiſon écrite.

Quant à ce que Boiceau obſerve dans le commencement de ce chapitre, que la ſeconde partie de la diſpoſition de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins défend de demander la preuve d'aucun fait, outre & contre ce qui eſt crit, ni qu'il a été plus dit qu'écrit, comme on diſoit autrefois, ainſi qu'il eſt vulgaire en droit, à l'égard des pactes dont on étoit convenu à l'inſtant que le contrat avoit été paſſé, ou quelque tems après ; l'article 2 du T. 20 de l'ordonnance de 1667 répete mot-à-mot les mêmes termes de l'ordonnance de Moulins.

3. Sur quoi il faut obſerver que ces deux ordonnances par ces mots, *Ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit ou convenu avant, lors ou depuis*, n'ont entendu parler que des conventions ou d pendances des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit ; mais elles n'ont point entendu parler des faits qui peuvent être articulés contre la teneur du contrat, ou acte par écrit ; c'eſt ainſi que le décide M. Dargentré ſur l'art. 176 du T. 11. de la coutume de Bretagne, rédigée en 1580, lequel a été réformé ſur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins.

Sed hic ſummopere notandum agi de probationibus, conventionum hæc verbis contrahuntur, nam ſi re contractæ ſunt, non impeditur, probatio per teſtes.

4. Et il conclut, en diſant que les faits ſe peuvent prouver par témoins, ſuivant l'ordonnance [*]. Il eſt vrai que Charondas, Réponſ. livre 2, ch. 91, rapporte deux arrêts qui ont jugé conformément à l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, que quelque fait qu'on alléguât contre la teneur d'un acte, la preuve par témoins au-deſſus de cent livres n'étoit pas recevable [**]. Le premier eſt du 30

rêt d'empêcher la preuve, avoit conſenti, en termes exprès, à cette preuve par témoins, quoiqu'au-deſſus de 100 livres, cette partie ne ſeroit plus enſuite recevable à en interjetter appel.

[*] *Voyez* la note ſur l'addit. au ch. 2, & celle ſur le numero 51 des add. ſur le ch. 7.

[**] Quoiqu'on ne ſoit pas recevable à prouver par témoins un fait contre la teneur d'un contrat public, néanmoins ſi le demandeur a une demi-preuve par écrit, ou un commence-

Décembre 1568, deux ans après la publication de cette ordonnance ; l'autre du mois de Février 1571. Ce qui a été jugé ainſi, dit-il, à cauſe de la facilité des témoins & de la variété de leurs dépoſitions, & parce qu'il a été libre aux parties de faire ajoûter ce qu'elles ont voulu dans leurs contrats, ou ſi elles ont obmis quelque choſe, elles ont pu en refaire un autre. Ces arrêts n'ont fait que confirmer la maxime générale, que la preuve par témoins n'eſt point reçu contre un acte par écrit. Mais quand il n'y a point eu d'écrit, *ſi conventiones re contractæ ſint*, comme dit M. Dargentré, la preuve de ce fait peut être reçue.

5. Auſſi M. Dargentré ajoûte au même endroit, pour expliquer cette maxime, que celui qui dit avoir prêté à un autre une ſomme de cent livres, qu'il lui a nombrée & délivrée, peut prouver par témoins le fait de cette numeration, quoiqu'il ne pût pas prouver par témoins la ſtipulation & le prêt. Ce qui eſt, dit-il, décidé par Bartole & par les docteurs ſur la loi *Certi condictio*, §. *Quorum*, *ff. Si cùm petatur*. Ainſi, dit-il, celui qui allégue que ſon créancier l'a quitté verbalement de ce qu'il lui doit, ne peut pas prouver ce fait par témoins ; mais s'il allégue qu'il lui a nombré & délivré réellement la ſomme qu'il lui devoit, le fait eſt recevable par témoins.

6. Boiceau, dans le chapitre 9 de cette premiere partie décide la même choſe, & dit que c'eſt un expédient pour obtenir la preuve par témoins, ſans contrevenir à l'ordonnance ; mais on peut dire que cet expédient peut être fort dangereux, & doit être rarement mis en uſage ; car il s'enſuivroit de-là qu'il dépendroit de la foi de deux témoins de prouver une convention par cette voie indirecte, c'eſt-à-dire en n'articulant pas qu'il y ait eu de convention, mais ſeulement une numération de deniers, ou en alléguant qu'une perſonne a en ſa poſſeſſion quelque effet appartenant à un autre, quoiqu'elle ne l'ait qu'en vertu d'une convention verbale. Il eſt vrai que la condiction & la revendication ont lieu parmi nous, comme en droit Ro-

ment de preuve par écrit, il y eſt reçu ; cela eſt conforme à ce qui a toujours été obſervé dans le parlement de Paris, comme il eſt rapporté par Mornac, ſur la loi *Certi*. 9, §. *Quoniam*, *ff. de reb. cred.* & par Charondas en ſes Rep. l. 11, rep. 5. L'ord. de 1667 l'a décidé par l'article 3 du tit. 20.

main, & qu'il eſt permis de ſe faire rendre ſon bien par ceux qui en ont uſurpé la poſſeſſion, & qu'à l'égard des choſes mobiliaires, la preuve de cette injuſte détention eſt favorable ; mais le juge doit prendre garde de ne pas contrevenir à l'eſprit de l'ordonnance, ſous prétexte de pareil fait. Il faut y joindre de fortes préſomptions réſultantes de la qualité des perſonnes & des liaiſons d'affaires qu'elles ont pu avoir enſemble, ſuivant leſquelles circonſtances le juge doit accorder ou refuſer la preuve ; & c'eſt ainſi que doit s'entendre l'opinion de M. Dargentré, de Boiceau & des docteurs ſur ce ſujet, parce que le cas de dol eſt toujours excepté de la loi, ainſi qu'il ſera expliqué plus au long, en parlant des contrats ſimulés. A l'égard de ce que dit M. Dargentré au ſujet de la preuve par témoins d'une quittance verbale, cette queſtion ſera examinée dans le dernier chapitre de ce Traité.

Poſt mortem filiæ ſuæ, quæ ut mater familias, quaſi jure emancipata vixerat & Teſtamento ſcriptis hæredibus decesſit, adverſus factum ſuum, Quaſi non jure eam, nec præſentibus teſtibus emancipaſſit, pater movere controverſiam prohibetur.

Ex periculo, id eſt, ex libello. Cujac. *ad d. l.*

Sed nec ſit eis poſt hac copia corrigendi, vel mutandi, l. hæc lego C. 5, eod. Tit.

Vrevin cite pluſieurs autres autorités ſur cette queſtion, qui ont été omiſes, parce quelle ne fait pas de difficulté dans l'uſage.

7. Vrevin dans ſes Obſervations ſur cet article 54 de l'ordonnance de Moulins, chap. 8, demande ſi le juge, par une ſentence interlocutoire, ayant appointé les parties à faire preuve par témoins contre la diſpoſition de cette ordonnance, il pourra s'en dédire & révoquer cette ſentence, par celle qu'il rendra diffinitivement au préjudice de celle des parties, à laquelle il a accordé de faire cette preuve, & il dit qu'il eſt certain que la forme eſſentielle introduite par cette ordonnance ne peut recevoir d'atteinte. Il cite la loi *Poſt mortem, ff. de Adoption.* ſur laquelle eſt établie la maxime que l'on peut revenir contre ſon propre fait. Il cite la loi *Statutis*, au Code *de Sentent. ex periculo recit.* Il pouvoit citer encore la loi précédente, laquelle décide que quand la ſentence a été une fois rédigée par écrit par le juge & prononcée aux parties, il ne peut plus y rien changer ni la corriger, laquelle loi s'entend d'une ſentence diffinitive ſeulement, parce que le juge n'a plus de fonction & a conſommé ſon pouvoir ; mais à l'égard d'une ſentence interlocutoire, il peut la révoquer ſuivant la loi *Quod juſſu, ff. de re judicatâ*, citée par M. Cujas *eod. Tit.* ſi ce n'eſt que par cette ſentence interlocutoire il ceſſât d'être juge, comme a remarqué Aufrerius, *Dec. Thol. cap.* 5, 180. Ainſi dans l'eſpece ci-deſſus, le juge pourroit du moins ne point avoir égard à l'enquête qu'il avoit ordon-

née, comme étant contraire à l'ordonnance, contre laquelle il n'y a point de fin de non-recevoir, comme dit Vrevin, ſuivant l'autorité des docteurs qu'il cite au même endroit.

8. Le même Vrevin, *ibid.* chap. 4, décide par la même raiſon, que quand une partie auroit renoncé expreſſément à l'exception qui réſulte de cette ordonnance, & ſe ſeroit ſoumiſe à la preuve par témoins pour une ſomme au-deſſus de cent livres, néanmoins cette convention ne ſeroit pas reçue, parce qu'il eſt de maxime que les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions à ce qui eſt de droit public.

9. Vrevin demande encore, ſi, au cas que le défendeur eût obmis d'alléguer la fin de non-recevoir qui réſulte de cette ordonnance en ſa faveur, pour empêcher la preuve, le juge peut ſuppléer d'office cette exception, c'eſt-à-dire, refuſer la preuve, quoique celui qui a intérêt qu'elle ne ſoit pas admiſe, ne s'y oppoſe pas.

Et il eſt certain, dit Vrevin, qu'il peut la ſuppléer; ce qui eſt conſtant. La raiſon eſt que cette ordonnance eſt adreſſée directement aux juges, & leur défend d'admettre la preuve par témoins, au-deſſus de cent livres; ainſi ils ſont obligés de garder l'ordonnance, indépendamment du fait des parties [*].

10. Enfin le même Vrevin, chap. 3, décide que cette ordonnance a lieu, & doit être obſervée dans les procès qui concernent les eccléſiaſtiques; ce qui eſt ſans difficulté. L'ordonnance de 1667, qui a la même diſpoſition que celle de Moulins, ayant même déclaré par l'article 1, que les juges des eccléſiaſtiques ſont tenus de juger conformément à ces diſpoſitions, à peine de nullité.

11. Mais la difficulté eſt de ſçavoir ſi l'ordonnance de Moulins doit être obſervée entre étrangers, & il faut diſtinguer, ſi la convention qu'ils ont faite, a été paſſée hors de France, & que dans le pays où elle a été paſſée, la preuve par témoins d'une convention ſoit permiſe, il faut ſuivre la loi du pays où on prétend qu'elle a été faite; & l'ordonnance n'y auroit pas lieu, ſuivant la loi *Si fundus, ff. de Evict.* & la loi *Circà* Cod. *de locat.* citée par Du-Moulin, Cout. de Paris, §. 33, gl. 1, n. 86.

[*] *Voyez* la note de la p. 65 ci-deſſus.

Sur cette queſtion, Gui-Pape, queſt. 262, rapporte la diſtinction de Cynus, reçue dans notre uſage, ſçavoir que, quand il s'agit du ſtyle & de la procédure, il faut ſe régler par la coutume & par les ordonnances du lieu où le procès eſt pendant; mais quand il s'agit du fond, & de ce qui eſt déciſif de la conteſtation, on doit ſuivre la coutume du lieu où l'acte a été paſſé. C'eſt pourquoi il a été jugé par deux arrêts rapportés par Brodeau, ſur M. Louet, *L. C.* n. 42, que la preuve par témoins devoit être admiſe entre deux Anglois plaidans en France, touchant un contrat par eux paſſé en Angleterre, où le droit écrit eſt ſuivi [*]. Ainſi on a jugé que l'ordonnance de Moulins ne concerne pas ſeulement l'inſtruction de la procédure, mais qu'elle regarde le fond de la conteſtation. En effet, en défendant la preuve par témoins d'une convention qui n'a point été rédigée par écrit, cette convention devient de nul effet comme ſi elle n'avoit jamais été faite [**].

Au contraire, ſi la convention a été paſſée en France, par exemple, entre deux Anglois, & que le procès y ſoit pendant, la preuve par témoins n'y doit pas être admiſe, par la raiſon des mêmes loix qui veulent que ceux qui contractent, ſoient cenſés contracter, ſuivant les loix du pays où ils contractent.

12. Voilà à-peu-près les obſervations que l'on peut faire ſur le premier chapitre de Boiceau : il faut commencer d'examiner en cet endroit les diſpoſitions des ordonnances des pays étrangers, touchant la preuve par témoins & la preuve par écrit, dont quelques-unes ſont tirées de l'ordonnance de Moulins; & les autres étant fondées ſur les mêmes motifs, & ayant des diſpoſitions qui en approchent, quoique plus ou moins étendues, ont donné lieu à pluſieurs célébres juriſconſultes, qui les ont commentées, d'agiter pluſieurs queſtions particulieres qui

[*] *Voyez* à la note du n. 66 des add. ſur le ch. 16, un arrêt qui a jugé que les armées Françoiſes, en pays étrangers, doivent ſe conformer aux loix du royaume.

[**] Anſelmo, §. 28 ſur l'art. 19 de l'édit perpétuel, tient que la convention ſans écrit pour choſes excédantes la ſomme fixée, & au-deſſus de laquelle la preuve ne ſeroit pas admiſe, n'eſt pas abſolument nulle, & ne laiſſe pas de produire un effet, puiſqu'en cas de dénégation par le défendeur, on peut lui demander ſon ſerment, & que demeurant d'accord de la convention, il doit être condamné à l'entretenir; ce qui n'arriveroit pas, ſi la convention étoit nulle, faute d'avoir été rédigée par écrit. (Conſér. de Born.)

peuvent arriver parmi nous, & dont Boiceau n'a point parlé. Cette conférence de notre juriſprudence avec celle des autres nations, en ce qu'elle approche de nos mœurs, ſervira à établir quel eſt le véritable droit commun ſur une matiere ſi importante, & qui ne peut être trop éclaircie.

13. De toutes les ordonnances faites dans les pays étrangers, qui ont reſtreint la preuve par témoins, la plus conforme à celle de l'ordonnance de Moulins, eſt l'article 19 de l'édit perpétuel des archiducs Albert & Iſabelle, dont les termes ſont tranſcrits au commencement de ce traité, lequel a été tiré, & eſt preſque copié mot à mot ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, & eſt fondé ſur les mêmes motifs, ainſi que le reconnoît Antonius Anſelmo, qui a fait un Commentaire fort eſtimé ſur cet édit. Cet article 19 eſt même plus étendu que l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, en ce qu'il comprend les teſtamens.

14. Le même Anſelmo obſerve d'abord dans ce Commentaire, que la diſpoſition de cet article 19 n'eſt point obſervée en la province de Haynault, parce que la coutume de ce pays, qui a été publiée depuis, y eſt contraire dans l'article 1, chap. 17, & article 3, chap. 115; mais depuis que cette province eſt ſoumiſe à la France, l'ordonnance de 1667, qui eſt poſtérieure à la publication de cette coutume, y a dérogé; & cependant on prétend que ni dans cette province, ni dans tout le reſſort du parlement de Tournay, cette ordonnance n'eſt point obſervée, mais que l'édit perpétuel y eſt ſeulement en uſage. Dans la province d'Artois, l'ordonnance de Moulins n'a jamais été vérifiée; & l'article 19 de l'édit perpétuel y a été religieuſement obſervé juſqu'en l'année 1689, que l'ordonnance de 1667 a commencé d'y être en uſage; & depuis ce tems, on y a concilié ces deux ordonnances, & on n'y a plus reçu la preuve par témoins que conformément aux articles du T. 20 de l'ordonnance de 1667.

15. Anſelmo remarque enſuite qu'on ne peut alléguer aucune fin de non recevoir contre la diſpoſition de cet article 19, & que quand le juge auroit permis la preuve contre les défenſes portées par cet article, on ne doit y avoir aucun égard, ſuivant qu'il a été ordonné par un placard du 11 Décembre 1631, dont il rapporte les termes

au même endroit, & il ajoûte que les eccléſiaſtiques y ſont auſſi ſujets, parce qu'il a été fait pour le bien public.

16. Joannes Romélius, très-habile juriſconſulte Flamand, ſous prétexte que cet article 19 ne rejette la preuve par témoins que quand elle eſt articulée contre des actes par écrit, a ſoutenu dans une Diſſertation faite exprès, que cet édit n'avoit point défendu la preuve par témoins des conventions verbales; & il a épuiſé ſur ce ſujet tout ce qui ſe pouvoit dire pour ſoutenir ſon opinion, qui a eu cours quelque tems en Flandres. Mais elle eſt réfutée par Anſelmo, §. 10, ſur cet article 19; & elle a été condamnée depuis, par deux placards des archiducs, des 12 Avril 1614, & notamment par celui du 3 Novembre 1631, qui porte que des contrats touchant choſe excédante en valeur 300 florins, ne peut être reçue autre preuve que par écrit, & non par témoins.

17. Anſelmo, §. 8; & Romelius, §. 61, ſur cet article 19, conviennent que quand il n'y a point d'acte par écrit, & que la preuve par témoins n'eſt pas admiſſible, le demandeur peut déférer le ſerment au défendeur, ſuivant la loi *Sed & ſi, ff. de Jurejur.* Anſelmo rapporte deux déclarations du roi d'Eſpagne, intervenues ſur la difficulté que les juges faiſoient d'abord de recevoir cette preuve par le ſerment, parce que l'édit perpétuel n'admettant que celle par écrit, ſembloit exclure toutes les autres preuves. La premiere déclaration eſt de 1622, & la ſeconde de 1624, qui, outre qu'elle permet la preuve par témoins, ajoûte encore la preuve par la reconnoiſſance ou confeſſion judiciaire, & la preuve qui réſulte de ce qui ſe trouve écrit ſur les livres des marchands.

A l'égard du ſerment, Romélius autoriſe la diſpoſition de ces deux déclarations, par le ſentiment d'Alexandre en ſon conſeil 37, vol. 2, & par celui d'Anton. Faber, *C. de Probat. defin.* 3 : il ajoûte même que la preuve par le ſerment a été auſſi reçue en France, ſuivant les arrêts rapportés par Guenois en ſa Conférence des ordonnances, & par Maynard, *L.* 1, *quæſt. C.* 80, *n.* 5; mais comme cette matiere eſt fréquente dans l'uſage, il eſt bon d'en approfondir les maximes.

le bonæ fidei 18. La loi 3, C. *de reb. creditis & jurejurand.* décide que

que non-seulement dans les contrats de bonne foi, mais même en tout autre cas, quand il n'y a point de preuve, le juge, en connoissance de cause, doit déférer le serment à l'une des parties. M. Cujas, sur cette loi dit, qu'il est d'autant plus juste de permettre au juge de déférer le serment, qu'il est même permis aux parties de se le déférer l'une à l'autre, & qu'il est de maxime que quand il n'y a qu'une semi-preuve, il faut de nécessité avoir recours au serment.

contractibus, necnon in cæteris causis inopia probationum per judicem jurejurando, causâ cognitâ, res decidi oportet.

La difficulté est de sçavoir en quels cas cette preuve par le serment doit être admise. Péréfius, sur le T. *C. de reb. cred. & jur.* dit qu'il faut faire grande différence entre ce que la loi ci-dessus citée, appelle *inopiam probationum, & defectum probationum.* Par ce mot *inopia*, la loi, dit il, n'a entendu parler que des cas où il y a quelques preuves du fait, mais qui ne suffisent pas pour convaincre & pour déterminer le juge; & c'est en cette occasion que le serment peut être déféré, mais *in defectu probationum*, quand il n'y a absolument aucune preuve du fait dont il s'agit, alors le juge ne peut déférer le serment, & il doit renvoyer le défendeur absous de la demande qui lui est faite, suivant la maxime ordinaire : *Actore non probante, reus absolvitur.*

L. 4, C. de eden. do.

19. Azo, sur le T. 1, *C. de reb. cred. n.* 10, dit aussi que le défendeur, en ce cas, doit être renvoyé absous sans prêter le serment, excepté, dit-il, dans les cas où la loi le défere elle-même au défendeur pour sa décharge; mais si le demandeur a une preuve semi-pleine, comme par la déposition d'un témoin, &c. le juge défere le serment au demandeur, notamment s'il s'agit de peu de chose, & que ce demandeur soit un homme de probité. Joannes Faber, sur la même loi, *in bonæ fidei, eod. T. in verb. causâ cognitâ*, dit aussi que, si le demandeur ne prouve point sa demande, le défendeur est renvoyé absous, & que s'il prouve quelque chose, ou qu'il y ait quelque présomption pour lui, alors cette loi a lieu, & ce serment dit-il, est toujours déféré au défendeur, *cæteris paribus*, s'il n'y a quelque juste raison qui oblige de le déférer au demandeur.

Sed quando à judice deferatur, bene est ut videamus. Et quidem si actor nihil probaverit de intentione suâ, reus est absolvendus etiam sine juramento.

Nisi in quibus casibus lex defert sacramentum ad purgationem sui.

M. Cujas, Observ. l. 22, ch. 28, distingue aussi *inter*

inopiam, & defectum probationum. Quand il n'y a nulle preuve de la demande, dit-il, le juge doit abſoudre le défendeur ; mais s'il y en a quelques-unes, leſquelles ſoient douteuſes, en ce cas, il doit exiger le ſerment de l'une ou de l'autre des parties, comme la choſe étant douteuſe. *Defectus eſt ſi nullæ ſuppetant probationes ac tum judex omnimodò reum abſolvere debet : inopia eſt ſi quædam ſuppetant, ſed ancipites, aut parum idoneæ ; ac tum judex ab uno litigatore jusjurandum exigere poteſt quaſi dubiâ causâ, ut ait, l. 31, ff. de jurejur. aut dubiâ probatione argumentorum & teſtium fortè qui ex utraque parte producuntur.*

Aut actor probat, & reus abſolvitur, aut probat aliquid vel aliàs eſt præſumptio pro eo, & tunc obtinet hæc lex.

Dumoulin, ſur le T. 1 du Code, après avoir décidé que le ſerment doit toujours être déféré par le juge à celui qui n'a qu'une ſémi-preuve, *niſi cauſa ſit criminalis, ardua etiam, pecuniaria, beneficialis, feodalis, matrimonialis, ſpiritualis, vel infamiam irrogans*, (ce qui reçoit pourtant pluſieurs diſtinctions dont Joan. Faber, & les docteurs parlent ſur ce titre) décide que la raiſon pour laquelle la loi défere ce ſerment, eſt ce qu'elle appelle, *inopia probationis*, c'eſt à-dire, quand la choſe dont il s'agit, n'eſt qu'à demi prouvée ; car ſi cette choſe étoit entiérement prouvée, le ſerment, dit il, ne ſeroit plus néceſſaire ; & quand même la coutume l'exigeroit, on ne pourroit pourtant y contraindre celui qui a prouvé ce qu'il demande, de même qu'on ne peut le déférer quand il n'y a aucune preuve. Il n'y a donc, dit-il, que le cas auquel on ne peut pas dire qu'il n'y a rien de prouvé, c'eſt à-dire, où la choſe n'eſt qu'à demi prouvée. Il ajoûte que cela doit auſſi s'entendre quand la choſe eſt prouvée ſeulement par des conjectures, des indices & des préſomptions, auquel cas, le ſerment lui eſt accordé par ſupplément de preuve, ſuivant le ſentiment de Bartole & d'Alexandre, *de Imola.* Mais il faut, dit-il, que les préſomptions, les indices & les conjectures ſoient graves, raiſonnables & concluantes ; & quoique les préſomptions, les indices & les conjectures ſoient d'elles-mêmes des preuves imparfaites, néanmoins il s'en fait une preuve parfaite : *Ne ſcilicet probationes redigantur in anguſtum.*

Relinquitur ergo ut juramentum deferatur quando non eſt penitùs nihil probatum.

Quod hoc ſit intelligendum de conjecturis præſumptionibus, judiciis gravibus, bonis, efficacibus non autem de frivolis & ſtultis.

Dumoulin explique en cet endroit quatre el-

20. Ainſi Péréſius a raiſon de n'être pas de l'avis de Donellus, l. 24, Comment. c. 11, n. 5, & de Duaren,

chap. 3, *ff. de Jurejur.* & *l.* 2 *Diſpunct. cap.* 34, qui expliquent les mots, *dubiis cauſis*, dont ſe ſert cette loi, des cas où la preuve eſt également concluante de la part du demandeur & du défendeur; car cette loi s'entend auſſi des cas où l'une des parties a une preuve ſémi-pleine de ce qu'il avance, ce qui eſt conforme à nos mœurs.

peces de ſémi-preuves, *per teſtem, per ſcripturam privatam, per comparationem litterarum, per fugam*; c'eſt-à-dire, quand la partie aſſignée fuit, & manque de comparoître en juſtice, ou de fournir de défenſes.

21. On demande ſur ce ſujet, ſi, dans le cas où la preuve par témoins n'eſt pas recevable, ſuivant l'ordonnance de Moulins, ou dans les cas où il y a une fin de non-recevoir, qui réſulte de quelque preſcription acquiſe en faveur du défendeur, la preuve par le ſerment peut être reçue, par exemple, dans les cas où la coutume introduit la fin de non recevoir contre les marchands en gros ou en détail, après un an ou après ſix mois; & il eſt certain que le défendeur, dans tous ces cas, eſt obligé de prêter le ſerment. Brodeau le décide ainſi ſur M. Louet, lettre S, n. 4, au ſujet de la fin de non recevoir, qui réſulte de l'art. 67 & 68 de l'ordonnance de Louis XII, qui porte que, dans un an, les ſerviteurs doivent demander leurs ſalaires, ſinon ſeront deboutés, & que dans ladite année ils ne pourront demander que les gages des trois dernieres années qu'ils auront ſervi, ſi ce n'eſt qu'il y eût convention, obligation par écrit, ou interpellation & ſommation ſuffiſante; ce qui a lieu auſſi dans les autres preſcriptions introduites par les coutumes, comme Brodeau prouve, *ibid.* ſuivant la loi 34, *ff. de Jurejurando. Manifeſtæ turpitudinis eſt, nolle jurare, nec jusjurandum referre.*

Et quand il n'y auroit pas la moindre préſomption en faveur du demandeur, il peut néanmoins déférer le ſerment au défendeur. Péréſius dit en l'endroit ci-deſſus cité, n. 20, que, quoique le demandeur ne prouve rien, l'opinion reçue dans l'uſage, & la plus conforme aux maximes du droit, eſt de déférer le ſerment au défendeur, ſuivant la loi, *Manifeſtæ, ff. de Jurejur.* parce que c'eſt rendre le défendeur juge en ſa propre cauſe, ſuivant la loi finale, *Inſt. de fideicommiſſis*, qui eſt auſſi rapporté, par M. Ricard en ſon Traité des *Subſtitutions*, chap. 4 n. 135, & à laquelle il ne met aucune limitation.

22. Car il faut faire différence entre le ſerment volontaire & le ſerment néceſſaire. Le premier eſt celui qui

eſt déféré ou référé en jugement ou hors jugement, par une partie à ſa partie ; & en ce cas, il ne faut nulle preuve pour être en droit de le déférer ou de le référer à celui qui l'a déféré ; mais à l'égard du ſerment appellé néceſſaire, qui eſt celui que le juge d'office défere à l'une des parties, & qu'on appelle *ſuppletorium*, c'eſt-à-dire qui ſupplée à la preuve de l'une des parties, qui n'eſt pas complette, ce ſerment ne peut être déféré par le juge que quand il y a demi-preuve du fait en queſtion ; & quand il n'y a que des préſomptions, des indices & des conjectures, elles doivent être graves & concluantes, ainſi que dit Dumoulin, comme il a été remarqué ci-deſſus [*].

Et hoc obtinet in juramento judiciali : nam neceſſarium deferri non poteſt, nullâ probatione propoſitâ, cùm illis locus ſit duntaxat quando de ſupplendâ probatione agitur, atque ideò aliquam præceſſiſſe oportet ; aliàs abſolvetur reus. Perezius, ibid.

[*] Tout ce qui eſt dit depuis le n° 18, manque d'ordre & de clarté. La queſtion eſt de ſçavoir ſi le ſerment peut ſervir de preuve, & dans quel cas peut être admiſe cette preuve. Pour l'établir avec netteté, il falloit commencer par diſtinguer trois eſpeces principales de ſerment.

1° Le ſerment déciſoire, qu'une partie défere ou réfere à l'autre, pour en faire dépendre la déciſion de la cauſe ;

2° Le ſerment que doit faire la partie qui eſt interrogée ſur faits & articles ;

3° Le ſerment que le juge défere, de ſon propre mouvement, à l'une des parties, & qui eſt appellé *juramentum judiciale*.

Sur la premiere eſpece de ſerment, les docteurs ſont de différens avis. Les uns, comme Bartole, Balde & pluſieurs autres cités par Maſcardus *de Probat. concl.* 957, penſent qu'il faut quelque commencement de preuve, pour que le demandeur ſoit reçu à déférer le ſerment au défendeur : d'autres, comme Duaren, Doneau, Fachinée, Péréſius qui vient d'être cité par Danty &, entre pluſieurs autres, Vinnius qui a parfaitement traité la queſtion, *Select. quæſt.* 1, 42, tiennent, au contraire, qu'un demandeur doit être reçu à déférer le ſerment, quoiqu'il n'ait pas le moindre commencement de preuve de ſa demande, parce qu'il peut arriver qu'une demande, dont il n'y a aucun commencement de preuve par écrit, ne laiſſe pas d'être en elle-même très-juſte. Cette derniere opinion paroît plus véritable à M. Potier. *Voyez* plus au long ce qu'il dit à ce ſujet, *loco cit.* t. 2, part. 4, ch. 3, ſect. 4 §. 2.

Il ne faut pas non plus de commencement de preuve pour faire admettre la ſeconde eſpece de ſerment.

Le ſerment judiciaire qui fait la troiſieme eſpece de ſerment, ſe diviſe en deux autres ; 1° celui que le juge défere pour la déciſion de la cauſe, & qu'on appelle *juramentum ſuppletorium* ; 2° celui que le juge défere à une partie, pour fixer & déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer à ſon profit. On appelle ce ſerment *juramentum in litem*.

Le juge ne peut déférer le ſerment judiciaire, que quand il y a une demi-preuve ; & quand il n'y a que des préſomptions, des indices, des conjectures, elles doivent être graves & concluantes. C'eſt le lieu d'appliquer la diſtinction ci-deſſus citée : *Inter inopiam probationum, & defectum probationum.* Le ſerment peut être déféré dans le premier cas, & ne le peut pas dans le ſecond. M. Potier, *loco cit.*

La queſtion, ſi, dans le cas où la preuve par témoins n'eſt pas recevable ſuivant l'ordonnance de Moulins, la preuve par le ſerment peut être reçue, ne peut pas faire l'objet de la moindre difficulté. En effet l'ordonnance n'a eu en vue que de prévenir les inconvéniens & les abus de la preuve teſtimoniale ; par conſéquent, le ſerment ne doit pas être compris dans la prohibition de l'ordonnance. Pour ce qui eſt des fins de non-recevoir, réſultantes des preſcriptions introduites par les coutumes contre les marchands,

23. On demande ſi, après que l'une des parties a affirmé par ſerment une choſe, l'autre partie peut demander à faire preuve du contraire par témoins ou par écrit; ſur quoi il faut diſtinguer ſi le ſerment a été déféré volontairement par l'une des parties à l'autre, laquelle l'a accepté & prêté en conſéquence, parce qu'en ce cas-là l'on regarde ce ſerment comme une convention & une tranſaction : la preuve du contraire n'eſt pas recevable, même par écrit, parce que le ſerment, en ce cas, éteint l'obligation civile & naturelle, dit la loi 40, *ff. de Jurejur.* & il ne s'agit plus de ſçavoir ſi la choſe en conteſtation eſt dûe, mais ſi celui qu'on ſoutenoit la devoir, a juré qu'il ne la devoit pas [*]. M. Louet, lettre S. n. 4, en rapporte un arrêt du

après un an ou ſix mois, nul doute que, dans ces cas, le ſerment ne ſoit admiſſible. Il y en a une diſpoſition expreſſe en l'art. 265 de la coutume d'Orléans, réformée depuis celle de Paris. Voici comme il eſt conçu. « Néanmoins ſi celui qui ſe prétend créancier, veut du payement croire ſa partie par ſerment, elle ſera tenue prêter le ſerment; & où elle ne voudroit jurer avoir payé, en ce cas ſera tenue payer, en affirmant par le demandeur. »

Le ſerment déciſoire ſe peut déférer ſur quelque conteſtation que ce ſoit, & dans quelque eſpece d'inſtance civile que ce ſoit; ſur le poſſeſſoire, comme ſur le pétitoire; dans les cauſes ſur une action perſonnelle, comme dans celles ſur une action réelle : *Jusjurandum & ad pecunias, & ad omnes res locum habet. L.* 34, *ff. de jurejur.*

On ne peut néanmoins le déférer que ſur ce qui eſt du propre fait de la partie à qui on le défere, & non ſur ce qui eſt du fait d'un autre, comme d'une perſonne de qui elle eſt héritiere, ou aux droits de laquelle elle eſt; car je ne peux ignorer mon propre fait, au lieu que je ne ſuis pas obligé de ſçavoir ce qui eſt du fait d'un autre à qui j'ai ſuccédé : *Hæredi ejus cum quo contractum eſt, jusjurandum deferri non poteſt.* Paul. Sent. 11, 1, 4.

L'uſage eſt parmi nous, qu'en ce cas, on puiſſe déférer le ſerment à l'héritier, ſur le fait de ſçavoir s'il a la connoiſſance que le défunt dût la ſomme demandée; car, en ce cas, on ne lui défere pas le ſerment ſur le fait de la dette, qui eſt le fait du défunt, mais ſur le fait de la connoiſſance qu'on prétend qu'il a de la dette, qui eſt ſon propre fait.

Celui à qui le ſerment a été déféré, doit le faire, ou le déférer à celui qui le lui a déféré; s'il ne fait ni l'un ni l'autre, il doit perdre ſa cauſe. *Manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt nolle jurare, nec jusjurandum referre.* L. 38, *ff. de jurejur.*

Si la choſe ſur laquelle le ſerment a été déféré, n'étoit pas du fait des deux parties, mais ſeulement de celle à qui il a été déféré, elle n'aura pas le choix de le référer; & elle ſera tenue préciſément de rendre ſon ſerment, à peine de perte de ſa cauſe.

[*] Il réſulte de ſon ſerment une préſomption, *juris & de jure*, de la vérité de la choſe ſur laquelle le ſerment lui aura été déféré, & qu'il aura affirmée, contre laquelle aucune preuve ne pourra être reçue, quand même on offriroit de faire cette preuve par des pieces nouvellement recouvrées. La partie ne peut pas, même en déférant le ſerment à ſon adverſaire, ſe réſerver le droit de prouver le contraire, s'il découvre des preuves : Brodeau ſur Louet, lettre S, rapporte deux arrêts qui l'ont jugé. Mais comme ce ſerment n'a cette autorité qu'autant qu'il a été valablement fait & valable-

du mois d'Août 1573, & Brodeau en rapporte d'autres qui ont jugé que cette preuve n'étoit pas recevable.

Mais si le serment a été déféré par le juge, comme un supplément de preuve, quoique l'une des parties ait juré qu'elle ne devoit rien, le demandeur sera reçu à prouver le contraire, parce que ce n'est pas lui, qui a déféré le serment, mais qu'il a été déféré malgré lui & par l'autorité du juge; mais cette preuve doit être par écrit: celle par témoins ne seroit pas reçue, parce que la sentence du juge qui est intervenue est une preuve par écrit, qui ne peut se détruire que par une autre preuve par écrit [*], & cette décision est fondée sur la loi 31, *ff. de Jurejurand.* qui distingue, en ce cas, le serment volontaire, & le serment nécessaire.

Et dans tous les cas où le serment est déféré par la coutume ou par l'ordonnance, Dumoulin, T. 1 des Fiefs, §. 9, gl. 6, n. 29, pose pour maxime que le juge ne doit point ajoûter foi au serment d'une partie qui affirmeroit une chose qui ne seroit pas vraisemblable, & contre laquelle affirmation il y auroit des présomptions du contraire; ce qu'il prouve par le sentiment de Bartole, d'Alexandre & autres docteurs; mais dans ce cas, le juge ne doit pas même déférer ce serment sur des faits qui ne sont pas vraisemblables; & s'il avoit déféré le serment sur pareils faits, il y auroit lieu d'interjetter appel de la sentence.

Est enim maxima quod ubicumque de jure, statuto, vel consuetudine standum est juramento alicujus, intelligitur si verisimilia asserat; secùs, si præsumptio sit in contrarium.

24. Mais si le juge a déféré le serment *in litem* contre

ment déféré, il peut y avoir lieu à la question, s'il a été valablement fait & valablement déféré? *Quæritur an juratum sit?* L. 5, §. 2; ff. *de jurejur:* & celui qui l'a déféré, pour prouver qu'il n'a pas été valablement déféré, est reçu à prouver le dol, c'est-à-dire les manœuvres qu'on a employées pour le réduire à le déférer, tel qu'est le vol ou la soustraction qu'on lui auroit faite de son titre de créance. Cette preuve se peut faire par témoins, parce qu'il s'agit en cela d'un délit, & qu'en matiere de délit, la preuve testimoniale doit être admise, comme nous verrons par la suite.

Les mineurs peuvent être quelquefois reçus à se faire restituer contre l'acte par lequel lesdits mineurs, assistés de leur curateur, ou leurs tuteurs pour eux, auroient déféré le serment à la partie avec laquelle ils étoient en procès; mais ils ne doivent pas y être reçus indistinctement. Ils ne doivent pas l'être, lorsque n'ayant pas, lorsqu'ils ont déféré le serment à leur partie, une preuve suffisante du fait sur lequel ils l'ont déféré; ils n'ont fait, en le déférant, que ce qu'auroit fait en pareil cas une personnne prudente. M. Potier, *loco cit.*

Cette jurisprudence, qui, après le serment prêté par celui à qui il a été déféré, exclut la partie adverse du serment contraire, paroit souffrir une exception à l'égard des fermiers du roi. L'ordonnance de Charles VII de l'an 1456, & autres réglemens faits en conséquence, décident qu'après l'affirmation faite par les redevables des droits d'aide, & d'autres

celui qui, par violence & voie de fait, a fait quelque dommage à un autre, après la preuve faite par témoins de cette violence ; en ce cas, le défendeur ne peut auſſi être reçu à faire preuve du contraire, ainſi qu'à remarqué M. le Preſtre, Cent. 1, chap. 65, après M. Tiraqueau qu'il cite ; & le juge, dit-il, avant que de déférer le ſerment *in litem* à celui qui a ſouffert le dommage, doit ouïr témoins & informer ſur les facultés du demandeur, & ſur la vérité de ſçavoir s'il avoit les choſes qu'il dit lui avoir été enlevées de force ; mais cela ne ſe pratique point à préſent, c'eſt au juge à ſe déterminer par la qualité & par les circonſtances du fait, à fixer au demandeur une ſomme plus ou moins forte, pour tenir lieu d'eſtimation du dommage qui lui a été fait.

25. Et même le juge, après lui avoir déféré ce ſerment, & après qu'il l'a prêté, peut encore ne le pas ſuivre, en condamnant le défendeur à moins que ne ſe monte la ſomme à concurrence de laquelle il avoit déféré le ſerment au demandeur. Il peut même renvoyer le défendeur abſous de la demande, ſuivant la loi *In actionib. ff. de in litem jurando ;* mais il faut, dit M. le Preſtre, que ce ſoit pour des raiſons très fortes & de nouvelles preuves ſurvenues depuis [*].

droits dûs au roi, il eſt permis aux fermiers de faire preuve au par-deſſus de l'affirmation.

[*] Une autre raiſon, c'eſt que ce ſeroit oppoſer ſerment à ſerment.

[*] Pour entendre ce qui eſt dit ici au ſujet du ſerment *in litem*, il faut ſe rappeller la définition que nous avons donnée ci-deſſus de ce ſerment, ſçavoir que c'eſt celui que le juge défere à une partie, pour fixer & déterminer la condamnation qu'il doit prononcer à ſon profit.

Le droit Romain en diſtinguoit de deux ſortes ; celui qu'on appelloit *juramentum affectionis, & juramentum veritatis.*

Juramentum affectionis étoit celui que le juge me déféroit, pour eſtimer, non le prix que valoit en elle-même la choſe à moi appartenante, dont j'étois privé par le dol de la partie adverſe, mais le prix de l'affection que j'avois pour cette choſe.

Ce *juramentum affectionis* n'a pas lieu dans nos uſages ; nous n'avons admis que le *juramentum veritatis.*

C'eſt celui que le juge défere à un demandeur pour régler, d'après ſon eſtimation, la véritable valeur des choſes dont il demande la reſtitution.

Par exemple, ſi un voyageur a donné ſa valiſe en dépôt à un aubergiſte, & que cette valiſe ait été volée dans l'auberge, le juge, pour ſe déterminer ſur la ſomme en laquelle il doit condamner l'aubergiſte, faute de repréſenter la valiſe, ne peut faire autrement que de s'en rapporter au ſerment du voyageur, ſur la valeur des choſes contenues en ſa valiſe.

Nous ne ſçavons pourquoi Danty dit qu'il ne ſe pratique pas aujourd'hui d'ouïr témoins, & informer ſur les facultés du demandeur, & ſur la vérité de ſçavoir s'il avoit les choſes qu'il dit lui avoir été enlevées. En effet il n'y a lieu au ſerment *in litem*, comme l'atteſte

26. M. Lange, dans ſa Pratique, T. des Sermens, dit, en général, que la preuve eſt permiſe contre l'affirmation d'un tiers entre les mains duquel un créancier a fait ſaiſir ce qu'il devoit à ſon débiteur. On peut demander ſi cela ſe doit entendre de la preuve par témoins ou de la preuve par écrit ; & il eſt certain que, du moment que ce tiers a été aſſigné pour affirmer, le ſaiſiſſant eſt cenſé lui avoir déféré le ſerment, & ainſi il doit ſuivre ſon affirmation : il faut une preuve par écrit pour détruire la preuve qui en réſulte [*] ; mais ſi le ſaiſiſſant articule que l'affirmation eſt frauduleuſe, & qu'il y a de la colluſion entre ſon débiteur & celui qui a fait l'affirmation, il ſemble que, s'agiſſant de fraude & de dol, dont l'ordonnance de Moulins n'a point défendu la preuve par témoins, elle devroit être reçue en ce cas : néanmoins il faut dire le contraire ; car cette affirmation, quelle qu'elle ſoit, eſt une preuve à la décharge du débiteur, à laquelle le demandeur s'eſt ſoumis, & qu'il doit ſuivre : [**] autrement il ſeroit aiſé de revenir contre l'autorité des choſes jugées, & contre ſon propre fait.

Autre choſe ſeroit, ſi le demandeur, en faiſant aſſigner le débiteur de ſon débiteur, pour affirmer ce qu'il lui doit, demande, par le même exploit, a faire preuve qu'il lui doit une ſomme ; car ſi cette ſomme eſt au-deſſous de cent livres, il peut y être reçu, comme il y ſeroit reçu contre ſon débiteur, dont il n'auroit point d'acte ou promeſſe par écrit [***].

Et ſi le débiteur du débiteur rapporte, depuis l'aſſignation qui lui a été donnée pour affirmer, une quittance ſous ſeing privé de la ſomme qu'il devoit à ce débiteur, & affirme que la quittance n'eſt point antidatée, la preuve par

M. Potier, *loco cit.* que lorſque le demandeur a juſtifié qu'il étoit bien fondé dans ſa demande en reſtitution de certaines choſes, & qu'il n'y a d'incertitude que ſur la ſomme à laquelle le défendeur doit être condamné.

[*] La preuve par écrit, quand même on offriroit de la faire par des piéces nouvellement recouvrées, ne pourroit pas détruire la preuve réſultante du ſerment fait par celui à qui il a été déféré : ce ſont les principes que nous avons établis ci-deſſus.

[**] Il faut excepter le cas de dol, comme nous l'avons dit à la note du n° 23.

[***] Danty ne nous paroît pas s'expliquer ici avec beaucoup de clarté. En général, le demandeur doit être reçu à la preuve par témoins contre le débiteur de ſon débiteur, même d'une ſomme au-deſſus de cent livres, parce que ce débiteur eſt un tiers contre lequel il n'a pu prendre la précaution recommandée par l'ordonnance ; mais s'il l'a fait aſſigner pour affirmer, dans ce cas il s'eſt rapporté à ſon ſerment, & ne peut pas

témoins

témoins du contraire ne doit pas être reçue, par la même raiſon ci-deſſus ; car quoique cette quittance puiſſe être ſuſpecte d'antidate, néanmoins il ſuffit que le créancier qui a ſaiſi entre ſes mains, l'ait aſſigné pour affirmer, c'eſt-à-dire qu'il ſe ſoit rapporté à ſon ſerment.

Mais s'il ne l'a point fait aſſigner pour affirmer, mais qu'il ait demandé ſimplement à faire preuve qu'il devoit à ſon débiteur une ſomme moindre de cent livres, cette quittance ſous ſeing privé, n'empêchera pas qu'il ne ſoit reçu à la preuve par témoins, parce que cet acte n'eſt point authentique, & ne fait point foi en juſtice, & qu'étant fait entre perſonnes ſuſpectes, on y peut fort bien appliquer la maxime ordinaire : *Res inter alios acta, alteri neque prodeſt, neque nocet ;* & au contraire, cette quittance peut même tenir lieu, en certains cas, de commencement de preuve par écrit de la colluſion de celui entre les mains duquel le créancier a ſaiſi, & de celui ſur lequel il a ſaiſi ; ce qui dépend des circonſtances.

27. M. Lange, dans le même endroit, dit que la preuve eſt reçue, ſi la partie interrogée ſur faits & articles, a dénié un fait véritable. Dans la régle générale, cela ne ſe doit entendre que de la preuve par écrit, parce que l'interrogatoire ſur faits & articles, eſt une délation de ſerment par le demandeur au défendeur. [*] C'eſt pour-

être admis à la preuve du contraire.

[*] Il s'agit ici de la ſeconde eſpece de ſerment. Danty ſoutient ſans fondement, qu'il n'y a que la preuve par écrit, qui puiſſe être reçue contre le ſerment de celui qui a été interrogé ſur faits & articles ; car ce ſerment eſt bien différent du ſerment déciſoire ; au lieu que le ſerment déciſoire fait preuve pour celui qui le fait : au contraire, le ſerment de la partie interrogée ne fait aucune preuve en faveur de celui qui le fait ; les réponſes qu'il fait, ne ſont de preuve que contre lui, & n'en ſont aucune en ſa faveur. La raiſon de cette différence, dit le grand juriſconſulte que nous avons déja cité ſur cette matiere, eſt que celui qui fait interroger ſa partie ſur certains faits & articles, ne le fait pas dans l'intention de faire dépendre la déciſion de la queſtion, de ce que la partie interrogée répondra & affirmera ; mais elle ne lui fait ſubir cet interrogatoire, que pour tirer à ſon profit quelques preuves ou préſomptions, des aveux que la partie interrogée fera, ou des contradictions dans leſquelles elle tombera, *ut confitendo vel mentiendo ſe oneret.* L. 4, ff. *de Interr. in jur. fac.* C'eſt une voie moins hazardeuſe, qui eſt ouverte à ceux qui n'ont pas une entiere confiance à la probité de celui à qui ils demandent, & qui cependant, eſperent tirer de ſa bouche quelque indice de la vérité.

L'interrogatoire ſur faits & articles, n'eſt donc pas une véritable délation de ſerment par le demandeur au défendeur. Après tout, ſi c'étoit une délation de ſerment, la preuve même par écrit ne pourroit pas être admiſe contre ce ſerment, comme nous l'avons dit. L'article 4 du tit. 10 de l'ordonnance de 1667, n'eſt

quoi l'ordonnance de 1667, T. 10, art. 4, veut que les réponses du défendeur sur chaque demande, soient tenues pour confessées & avérées.

28. C'est encore une question de sçavoir si la déposition d'un seul témoin fait une demi-preuve, & si le juge, en conséquence de cette déposition unique, doit déférer le serment au demandeur contre le défendeur pour supplément de preuve [*]. Quoique les docteurs soient partagés sur ce qu'on doit appeller une demi preuve, la plûpart demeurent d'accord que la déposition d'un seul témoin doit être regardée ainsi; mais quant à nos mœurs,

pas fidèlement rendu en cet endroit. L'ordonnance ne veut pas, comme le prétend Danty, *que les réponses du défendeur sur chaque demande soient tenues pour confessées & avérées*; ce qui renverseroit totalement la jurisprudence dont nous venons de rendre compte sur cette espece de serment, mais que si la partie assignée pour répondre, ne comparoit pas, *les faits* sur lesquels elle devroit être interrogée, *seront tenus pour confessés & avérés*; ce qui est bien différent, comme on le voit.

[*] Un témoin unique, dit M. Porier, *loco cit.* fait une semi-preuve, laquelle étant soutenue du serment, peut quelquefois, dans des matieres très-légères, completter la preuve. *Voyez* la loi 4, Code, *de Test.* Papon en ses Arrêts, liv. 8, tit. 4, n. 2, aux Additions où il dit que, dans ce cas, le serment supplée à la preuve entiere. La Cout. d'Orléans, art. 152, 156 & 161, en a des dispositions précises. *Voyez* aussi l'Hoste sur Montargis, ch. 4, art. 10; & Coquille sur Nevers, tit. 15, art. 3.

L'auteur d'un livre, qui a pour titre *Instruction facile sur les conventions*, prétend « qu'une demi-preuve est une » chose aussi chimérique qu'une demi-» vérité; & que deux demi-preuves ne » peuvent non plus faire une preuve » complette, que deux incertitudes ne » peuvent faire une certitude. » Nous ne sommes pas de son avis. En effet il y a une grande différence entre une demi-preuve & une demi-vérité. La vérité est une, simple, & indivisible. Elle est ou n'est pas toute entiere, & ne peut être à demi, parce qu'elle est une qualité essentielle des choses: or les qualités essentielles, constituant l'essence même des choses, sont indivisibles, parce qu'il n'y a pas de milieu entre être ou n'être pas. Au contraire, la preuve peut se diviser, parce qu'elle n'est autre chose que le développement de la vérité: or ce développement est susceptible de plus & de moins, & peut se faire par parties, quoique la vérité elle-même ne puisse exister par parties, ni être vue par parties; car ce n'est pas une moitié de la vérité qui est développée par la semi-preuve, mais une premiere enveloppe qui est levée; ou, si l'on veut, la semi-preuve est un demi-degré de force qui a besoin d'être secondé d'un autre demi-degré, pour pouvoir lever l'obstacle qui empêche de voir la vérité, ou un demi-degré de lumiere, qui doit être joint à un autre, pour pouvoir dissiper les nuages qui l'obscurcissent: or quoique ce demi-degré de force, ce demi-degré de lumiere, pris chacun en particulier, soient impuissans pour produire l'effet qu'on en attend, ce n'est pas à dire pour cela, qu'ils ne soient rien; de même qu'on ne peut pas dire que lorsque deux hommes sont nécessaires pour soulever une pierre, les efforts impuissans que fait un seul de ces hommes, sans être aidé de l'autre, ne sont rien. Si l'opinion de cet auteur avoit lieu, il s'ensuivroit, contre l'esprit de nos loix, que deux témoins ne pourroient faire une preuve. Deux témoins ne font preuve, que parce que chacun d'eux contribue à faire cette preuve; & c'est de leur concours que résulte la preuve; par conséquent, chacun d'eux

Imbert, *Pract. Civ.* l. 1, ch. 50, atteſte que cet uſage de déférer le ſerment ſur la dépoſition d'un ſeul témoin, n'eſt point obſervé en France, à cauſe de la facilité que les hommes ont aujourd'hui de jurer & de faire ſerment. Ce qui, dit-il, retranche toutes les difficultés que font les docteurs, pour ſçavoir quand une preuve eſt ſémi-pleine, ou quand elle ne l'eſt pas.

Les autres difficultés concernant les cas où la preuve par témoins peut être reçue contre le ſerment, ſeront examinées dans le chapitre 11, qui traite du Retrait, en parlant des coutumes qui admettent la preuve par témoins en faveur du retrayant contre la teneur du contrat d'acquiſition, & nonobſtant l'affirmation du prix par l'acquéreur.

29. Romélius, §. 65, ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, obſerve que, dans les Pays-bas, nonobſtant cet édit, qui ſemble n'admettre que la preuve par écrit, ſi le demandeur n'a point de preuve, le juge peut permettre l'interrogatoire ſur faits & articles, s'il le juge à propos; ce qui a toujours été obſervé en France, ſuivant l'ordonnance de 1539, art. 37, & le T. 10 de l'ordonnance de 1667.

30. On demande de quelle utilité eſt cet interrogatoire, & par quel motif il a été permis; la loi *Eum qui, ff. de jurejur.* dit que cet interrogatoire ſert à décharger le demandeur de la néceſſité de prouver ſa demande; c'eſt pourquoi les faits doivent être pertinens, ſuivant la définition que donne Joan. Andreas de cet interrogatoire appellé par les docteurs *poſitio*. Joan. Conſtant, ſur l'article 37 de l'ordonnance de 1539, examine à fond de quelle qualité doivent être ces faits.

Poſitio eſt brevis narratio, factum continens ad eliciendam veritatem concepta.

31. Romélius demande ſi une perſonne ayant reconnu verbalement devoir une ſomme à une autre, ſans être interrogée ſur faits & articles, & hors jugement, la preuve par témoins de cette reconnoiſſance verbale ſera permiſe, nonobſtant l'édit perpétuel; & il décide qu'elle n'eſt pas

fait une demi-preuve, puiſqu'un ſeul ne la peut faire toute entiere: or ſi une demi-preuve étoit une choſe chimérique, chacun des témoins ſeroit *zéro* de preuve, parce qu'une choſe chimérique égale *zéro*. Le concours de ces deux témoins donneroit encore *zéro*: *zéro* ajoûté à *zéro* donne *zéro*; ainſi ces deux témoins ſeroient *zéro* de preuve; ainſi deux témoins ne pourroient faire une preuve.

recevable, ſuivant le ſentiment d'Alciat *ad legem Cùm te*, Cod. *de Tranſact.* lequel dit que cette preuve de la reconnoiſſance verbale d'une dette faite par une perſonne, eſt la plus incertaine de toutes les preuves, ce qui eſt conforme au ſentiment de Balde ſur la loi ci-deſſus citée: *Qui hoc caſu non admitti poſitionem confeſſionis cenſuit, quod enim teſtibus probari non poteſt, nec poni poteſt;* & cette maxime eſt auſſi reçue dans notre uſage, la preuve par témoins d'une ſemblable reconnoiſſance n'étant pas permiſe, ſi ce n'eſt qu'il s'agit d'une ſomme au-deſſous de cent livres [*].

32. Autre choſe eſt, dit Romélius, ſi on a articulé que la partie a confeſſé le fait en jugement, ou devant un arbitre, par-devant lequel la conteſtation avoit été renvoyée; & c'eſt auſſi en ce cas que la loi décide que celui qui confeſſe, ſe juge & ſe condamne lui-même. Romélius ajoûte que cela a lieu auſſi en France, ainſi que rapporte Charon, l. 7, Reponſ. chap. 20, nonobſtant l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins [**].

[*] M. Potier *loco cit.* part. 3, ch. 8, n. 660, eſt du même avis.

[**] La confeſſion eſt une eſpece de preuve. Il y en a de deux ſortes; la confeſſion judiciaire, & la confeſſion extrajudiciaire.

La confeſſion judiciaire, faite par une perſonne capable d'eſter en jugement, fait une pleine foi du fait qui a été confeſſé, & décharge l'autre partie d'en faire la preuve.

Néanmoins la preuve qui en réſulte, n'eſt pas telle qu'elle ne puiſſe être détruite, en prouvant l'erreur qui y a donné lieu; car, de même qu'un conſentement formé par l'erreur, n'eſt pas un vrai conſentement, ſuivant cette régle de droit, *Non videntur qui errant conſentire*, L. 116, §. 2, ff. *de R. J.* de même une confeſſion à laquelle l'erreur a donné lieu, n'eſt pas une vraie confeſſion: *Non fatetur qui errat.* L. 2, *de Confeſſis.*

Cette erreur ne peut être juſtifiée que par la preuve de quelque fait dont la connoiſſance n'eſt ſurvenue à celui qui l'a faite, que depuis qu'il l'a faite; mais celui qui a fait une confeſſion, ne peut la détruire en alléguant que c'eſt une ignorance de droit, en laquelle il étoit, lorſqu'il a fait la conteſſion, qui y a donné lieu; car c'eſt ſa faute de ne s'être pas fait inſtruire auparavant. C'eſt pourquoi la loi ci-deſſus citée, après avoir dit, *Non fatetur qui errat*, ajoûte, *niſi jus ignoravit.* Par exemple, ſi un héritier aſſigné en délivrance d'un legs d'immeubles porté au teſtament d'un mineur, après avoir avoué le teſtament, prétend ſe relever de cet aveu, en diſant qu'il ne l'a fait, que parce qu'il ignoroit alors la loi qui défend aux mineurs de léguer des immeubles, il ſeroit non recevable dans ſa demande.

Il y a plus de difficulté ſur la confeſſion extrajudiciaire, telle que celle que fait le débiteur, ſoit dans une converſation, ſoit par une lettre miſſive, ou qui ſe trouve incidemment dans quelque acte qui n'a pas été paſſé exprès pour cela. Dumoulin fait, à ce ſujet, une diſtinction. Lorſque c'eſt à moi-même, ou à quelqu'un qui me repréſente, comme mon tuteur, procureur, &c. que le débiteur a confeſſé la dette, & que ſa confeſſion exprime la cauſe de

33. Joſeph de Seſſe, dans ſon Traité *de Inhibitionibus*, obſerve que, quoique par les ordonnances du royaume d'Arragon, la preuve par témoins ſoit défendue contre les actes par écrit, néanmoins cela n'a lieu qu'à l'égard de ceux qui ſont parties dans l'acte, & non pas au préjudice d'un tiers qui n'y a point parlé. Cette maxime a lieu auſſi ſuivant nos mœurs; & elle ſera expliquée plus au long au chap. 7, qui traite des Contrats ſimulés.

Quod licèt in regno contra inſtrumentum non admittatur probatio per teſtes ſecundùm obſervantiam regni, illud tamen intelligendum eſt reſpectu perſonarum cum quibus inſtrumentum reperitur confectum; ſecùs verò quoad extraneos, quia illi bene poterunt probare contra inſtrumentum per teſtes.

34. Horatius Carpanus ſur le ſtatut 88 de la ville de Milan, dont le texte eſt rapporté au commencement de ce Traité, & lequel défend la preuve par témoins, en pluſieurs cas, obſerve que ce ſtatut n'y eſt pas obſervé à la lettre, & que, nonobſtant cette prohibition, on permet la preuve par cinq témoins, ou même par trois, pourvu, dit-il, que ce ſoient des témoins hors de tout reproche, qu'il appelle *legaliſſimi*, & cite Rebuffe, *in Concordat. In Rubricâ de regiâ ad Prælat.* & Tiraqueau *Tract. de Pœnis temperand. causâ* 31, *n.* 117.

Anſelmo, §. 7, ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, remarque auſſi qu'en Flandres, on prétendit d'abord que le

la dette, cette confeſſion fait une preuve complette de la dette; mais ſi elle a été faite d'une maniere vague, & ſans exprimer la cauſe, elle ne forme, ſelon cet auteur, qu'une preuve imparfaite, qui a beſoin d'être complettée par le ſerment ſupplétoire que le juge doit me déférer.

Lorſqu'elle a été faite à un tiers, elle ne fait qu'une preuve imparfaite, qui doit être complettée par le ſerment ſupplétoire. Dum. *ad L.* 3, *Cod. de reb. cred.*

Selon Guthierez, *de contr. jura*, q. 54, n. 5, il y a des cas où la confeſſion faite à un tiers, doit faire une preuve complette. Par exemple, lorſqu'un malade, dans la crainte d'être ſurpris par la mort, déclare devant deux perſonnes, qu'il me doit une ſomme de cent livres que je lui ai prêtée ſans billet.

La confeſſion extrajudiciaire du payement, faite par le créancier en préſence & ſur le requis du débiteur, fait, à plus forte raiſon, une preuve du payement; car la libération étant favorable, elle doit ſe prouver plus facilement que la libération. Guthierez, *ibid.*

La confeſſion extrajudiciaire peut ſe juſtifier, ou par quelque écrit, ou par des témoins. Si néanmoins le fait que j'entends prouver par la confeſſion extrajudiciaire, étoit un fait dont la preuve teſtimoniale ne fût pas admiſſible, je ne pourrois être admis à la preuve teſtimoniale de cette confeſſion, parce que ce ſeroit admettre indirectement à la preuve teſtimoniale dans un cas prohibé par l'ordonnance.

Pour que la confeſſion faſſe une preuve contre celui qui l'a faite, il faut qu'il ſoit capable de s'obliger; la confeſſion d'une femme non autoriſée de ſon mari, ne fait pas preuve, non plus que celle d'un mineur.

Si quelqu'un avoit confeſſé devoir à une perſonne à qui les loix défendent de donner, cette confeſſion ne feroit pas preuve en ſa faveur, à moins que les cauſes de la dette ne fuſſent bien circonſtanciées. C'eſt le cas de la maxime, *Qui non poteſt donare, non poteſt confiteri.*

témoignage de cinq témoins étoit recevable contre un acte par écrit, nonobstant cet édit; mais que sur cette difficulté, le roi, par un placard donné à Bruxelles le 12 Mai 1634, déclara que les termes de l'article 19 de l'édit perpétuel étoient assez clairs, & qu'ils excluoient toute autre preuve par témoins, encore qu'en nombre de cinq.

35. Carpanus au même endroit ci-dessus cité, après avoir dit que la preuve par témoins est valable, si la partie, qui a été en droit de l'empêcher suivant ce statut, ne s'y est point opposée, avoue que si le juge l'a permise, malgré ce statut, elle est nulle, & qu'il est permis d'appeller de la sentence qui avoit jugé le procès sur le fondement de cette preuve [*].

36. Mais afin de ne pas contrevenir directement à la prohibition portée par ce statut, Carpanus dit qu'on s'est avisé, à Milan, d'un expédient dont on se sert aussi à Naples. Celui qui demande à faire preuve par témoins d'une convention, ou d'une promesse, expose par une requête au juge, que cette personne a promis de passer un acte par écrit de cette convention, ou de cette promesse, & conclut à ce qu'il soit ordonné que cette personne sera tenue de passer un acte par écrit, suivant qu'elle l'a promis; ce qui est tiré, dit Carpanus, du sentiment de Balde en son conseil 133, n. 2, vol. 5 de Salicet, *L. Si quis argentum*, §. *final. n.* 10, *C. de Donat.* & de Felin, *Cap. accedens n.* 4, *quo instrumento facto*; & il est permis, dit-il, de prouver par témoins, que cette personne a promis de passer cet acte: mais cet expédient est injuste & contraire à l'esprit de la loi; outre que la promesse de passer un acte, étant une véritable convention, la preuve n'en doit pas être permise par témoins. Aussi en France, suivant l'ordonnance de Moulins & celle de 1667, le défendeur y seroit non-recevable en ce cas.

37. Ce statut de Milan, dit le même auteur, n'a point lieu aussi entre les laïcs, quand ils plaident devant le juge d'église, ni entre les ecclésiastiques, quand ils plaident devant le juge laïc, ni quand il s'agit de la cause pie; mais ces exceptions particulieres n'auroient pas lieu en France.

[*] *Voyez* ci-dessus la note sur le n° 1 de ce chapitre.

CHAPITRE II.

En quel cas & en quelles obligations l'Ordonnance de Moulins a lieu.

SOMMAIRE.

1. *Explication de ces mots de l'Ordonnance*, De toutes choſes, *&c. & leur étendue.*
2. *Diviſion de la premiere partie de ce commentaire ſur l'Ordonnance de Moulins en ſix autres.*
3. *Premiere déciſion générale ſur les obligations qui naiſſent d'un contrat.*
4. *Quatre exceptions, ſçavoir, dans le dépôt, le mariage, les conventions matrimoniales, les contrats ſimulés, & les marchés faits durant les foires.*

DE TOUTES CHOSES, &c.

1. C'EST dans ces mots que conſiſte toute la force de cette ordonnance, qui comprend généralement toutes choſes; enſorte qu'il ſembleroit d'abord qu'il faudroit ici traiter de toutes les affaires qui peuvent arriver entre les hommes, leſquels mots néanmoins ne doivent s'entendre que des conventions que les hommes ont coutume de faire les uns avec les autres, compriſes ſous ces deux mots d'Ulpien, *Geſſerunt*, *contraxerunt*, qui renferferment tous les contrats qui ſe peuvent faire entre-vifs,

---

1. HIC eſt tota vis iſtius legis; quæ generaliter loquitur de omnibus rebus, adeò ut primâ fronte videatur omnes res noſtras, omniaque noſtra negotia deſcribi oportere. Quod tamen de pactionibus, conventionibus, & contractibus inter homines fieri ſolitis intelligi debeat, & de quibus paciſci conſueverunt, ut paſſim in jure reperitur ſub his verbis, *Geſſerunt*, *contraxerunt*, &c. ab Ulpiano notatis: *a* quæ ad omnes contractus inter vivos referuntur *b*, ſive re, ſive verbis, ſive lit-

a *In L. Labeo, ff. de verb. ſignific.*

b *L. Verba geſſerunt, ff. eodem.*

ſoit par la tradition d'une choſe, ſoit verbalement, ſoit par écrit, ſoit par un conſentement réciproque : par conſéquent, puiſque cette ordonnance parle en général de toutes choſes, elle doit s'entendre de tous meubles & immeubles, des choſes corporelles & incorporelles qui tombent dans le commerce.

2. Mais la principale queſtion eſt de ſçavoir ſi elle s'entend généralement de toutes ſortes d'obligations, quelles qu'elles ſoient ; & afin d'examiner cette queſtion avec ordre, nous parlerons : *Primò*, de toutes les obligations, ſoit de celles qui viennent en conſéquence d'un contrat, ou quaſi-contrat, ſoit de celles qui naiſſent d'un délit ou quaſi-délit. *Secundò*, des pactes tacites introduits par l'autorité de la loi ou par le fait de l'homme. *Tertiò*, des actes & titres perdus, ou conſommés & uſés par le tems. *Quartò*, des teſtamens, des codicilles, des donations à cauſe de mort, & des autres diſpoſitions de derniere volonté. *Quintò*, des qualités ou accidens des choſes qui peuvent faire la matiere d'un procès. *Sextò*, des pactes qui ne ſont point fixés à une quantité certaine, ou dont l'eſtimation eſt indéfinie, & comment cette eſtimation ſe doit faire ; car voilà les principales manieres de s'obliger entre les hommes : c'eſt pourquoi il faudra examiner de ſuite, & par ordre, ceux où cette ordonnance a lieu, & ceux auxquels elle n'a pas lieu.

---

a §. *fin. Inſt. de Oblig.*

teris, ſive conſenſu fiant. *a* Cùm ergo hæc conſtitutio in genere de omnibus rebus loquatur, intelligitur de rebus mobilibus & immobilibus, corporalibus & incorporalibus, in commercio hominum verſantibus.

Specialiter totius Commentarii diviſio.

2. Sed præcipua quæſtio in hoc verſatur, utrùm de omnibus obligationibus cujuſcunque generis, intelligatur. Quæ quæſtio ut ordine diſcutiatur : Primo loco differemus de omnibus obligationibus, ſive quæ ex contractu naſcuntur, vel ex quaſi-contractu, ſive quæ ex delicto naſcuntur, ſeu ex quaſi-delicto. Secundo, de pactis tacitis à lege vel homine comprobatis. Tertio, de inſtrumentis amiſſis, vel tempore conſumptis. Quarto, de teſtamentis, codicillis, mortis cauſâ donationibus, aliiſque ultimis voluntatibus. Quinto, de qualitatibus ſeu accidentibus rerum, de quibus litigatur. Sexto, de pactionibus nullam certam quantitatem vel æſtimationem habentibus, quo modo facienda ſit æſtimatio.

b §. *Sequens Inſt. cod. & l. Omnem obli. ff. de Judiciis.*

Nam hi ſunt præcipui modi obligandorum hominum : *b* ideoque ſeriatim diſcutiendum erit, in quot & quibus locum habeat vel non habeat hæc regia conſtitutio.

3. Quant au premier point, c'eſt-à-dire, quant aux obligations qui naiſſent d'un contrat; ſçavoir ſi, dans toutes, la preuve par témoins eſt abrogée; je crois qu'il faut répondre que c'eſt principalement des obligations qui naiſſent des contrats, & qui dépendent d'une convention expreſſe, que l'ordonnance de Moulins doit s'entendre, comme du contrat de vente, du bail à loyer, du contrat de ſociété, du prêt à uſage & de l'échange, & autres conventions qui ſe font entre deux ou pluſieurs perſonnes, que le juriſconſulte Ariſto comprenoit ſous ce mot συνάλλαγμα, c'eſt-à-dire celles qui ſe contractent par un conſentement mutuel, non ſeulement ſuivant le droit des gens, mais ſuivant le droit civil, comme les ſtipulations & autres conventions qui produiſent une action ou une exception, ſoit qu'elles ſoient de bonne foi ou de droit étroit, (car en France on fait peu de différence entre ces deux ſortes d'obligations) ce qui ſe doit entendre auſſi des donations entre-vifs ſtipulées & parfaites, leſquelles ſont compriſes auſſi ſous le nom de Contrats. C'eſt donc pour toutes ces eſpeces de contrats que cette ordonnance eſt faite, afin de prévenir une infinité de procès, & les ſubornations des témoins que l'on pratiquoit tous les jours, pour prouver que ces conventions avoient été faites entre les parties; & c'eſt pourquoi y ayant à préſent des notaires par-tout, & la preuve étant par conſéquent devenue plus aiſée à faire que par la dépoſition des témoins, il y aura lieu d'imputer aux contractans, s'ils n'ont

---

3. Quantum ad primum membrum, ſcilicet de obligationibus quæ ex contractu naſcuntur, utrùm in his omnibus abrogata ſit teſtium probatio; ad hoc reſpondendum puto, hanc conſtitutionem maximè intelligi debere de obligationibus quæ ex contractu naſcuntur, & quæ expreſſo hominum conſenſu contrahuntur: ut in emptione, venditione, locatione & conductione, ſocietate, commodato, permutatione, cæteriſque conventionibus quæ inter duos vel plures legitimè contrahuntur. *a* Quas omnes Ariſto *b* ſub hoc verbo συνάλλαγμα comprehendebat; id eſt, quæ mutuo conſenſu conficiuntur, non tantùm jure gentium, ſed etiam jure civili, ut in ſtipulationibus omnibus, aliiſque conventionibus actionem vel exceptionem patientibus, tam bonæ fidei, quàm ſtricti juris (nam hæ duæ ſpecies parùm in Galliâ noſtrâ differunt) & idem in donationibus inter vivos factis, ſtipulatis, & perfectis, cùm appellatione contrac-

a *L.* 1, *ff. de Pactis.*

b *L. Juris gentium. ff. cod. & l. Labeo. de verb. & rerum ſig.*

pas choisi cette voie qui est la plus facile, (pour assurer la foi de leur convention ;) & même ceux qui méprisent d'en passer des actes, ainsi que prescrit cette ordonnance, doivent être suspects de fraude, ou d'alléguer une fausseté.

4. Mais il y a quelques contrats & quelques pactes, lesquels, quoique le consentement de ceux qui les ont passés, soit exprès, j'ai vu douter s'ils sont sujets à cette ordonnance ; comme le dépôt, le mariage & les conventions matrimoniales, & encore les contrats simulés, dans lesquels on écrit une chose par fraude, & dans la vérité on convient d'une autre : outre les marchés faits durant les foires entre les payſans, ou autres personnes, de toutes les choses qui s'y vendent. On demande si, dans tous ces cas, il faut passer des contrats, quand il s'agit d'une somme au-dessus de cent livres ? Ces quatre derniers contrats méritent une plus longue dissertation que les autres.

---

a *L. Contractus C. de fide instrum.*

tuum venire soleant. *a* Pro his ergo omnibus contractibus, si libras centum excedant, sancita est hujusmodi constitutio, ut obviàm iretur infinitis penè litibus, & testium subornationibus, quæ pro his contractibus probandis fiebant quotidie : atque ideò cùm notariorum copia habeatur quovis loci, & ex eo facilior fieri possit probatio quàm testibus, imputabitur contrahentibus, si hanc faciliorem probandi viam non eligant, imò fraudis aut falsi suspicione non carebunt, qui secundùm hanc legem contrahere neglexerint. *b*

b *Not. in l. Si quando. C. de inoff. test*

4. Sed sunt quidam contractus, vel pacta quantumcumque expressa, de quibus dubitari vidi, an huic legi subjiciantur : scilicet in depositò, in matrimonio, & pactis matrimonialibus ; item in simulatis contractibus, in quibus aliud scribitur simulatè, aliud verè pacisciturs ; item in pactis nundinalibus, id est, quæ fiunt inter rusticos, aut alios, de rebus quæ in nundinis veneunt : An de his omnibus, centum libras excedentibus, contractus scribi debeant ? Hæc quatuor merentur longiorem disputationem.

ADDITION SUR LE CHAPITRE II.

CE Chapitre ne contient que la diviſion particuliere de la premiere partie du Commentaire de Boiceau ſur cette premiere partie de l'ordonnance de Moulins ; & ainſi il n'y a rien à y ajoûter, parce qu'elle eſt exacte, & renferme les difficultés principales qui peuvent naître ſur cette premiere partie de l'ordonnance ; & pour ne point changer cet ordre, on joindra à chaque chapitre les queſtions que Boiceau a omiſes, & qui ſe trouveront avoir du rapport à celles qu'il y a traitées.

Quant à ce que Boiceau obſerve du peu de différence que l'on fait en France entre les contrats de bonne foi & ceux du droit étroit, il en ſera parlé dans la ſuite en traitant des contrats ſimulés *.

[*] Il faut remarquer que, quoique l'ordonnance de Moulins n'eût pas dit *de toutes conventions*, mais ſe fût ſervie du terme de *choſes*, qui eſt un terme plus général que celui de *conventions* ; néanmoins les commentateurs penſoient, comme on le voit, au n° 1 du Chapitre 1 de Boiceau, qui vient d'être rapporté, qu'elle ne renfermoit, ſous ſa diſpoſition, que les conventions ; parce que cette ordonnance dit : Seront paſſés *contrats*, & que ce terme de *contrats* ne renferme que les conventions.

L'ordonnance de 1667, ayant évité de ſe ſervir de ce terme de *contrats*, & ayant dit : *Seront paſſés actes de toutes choſes*, on ne doit pas douter que ſa diſpoſition renferme non-ſeulement les conventions, mais généralement toutes les choſes dont celui qui demande à faire preuve, a pu s'en procurer une par écrit. Par exemple, quoique le payement d'une dette ne ſoit pas une convention ; néanmoins le débiteur, qui le fait, pouvant en retirer un acte par écrit, c'eſt-à-dire, une quittance, lorſque ce payement excède cent livres, il n'eſt pas admis à en faire la preuve par témoins. *Voyez* le Com. de M. Jouſſe, tit. 20, art. 2 ; & M. Potier, *loco cit.* part. 4, ch. 2, art. 2.

CHAPITRE III.

Du Dépôt.

SOMMAIRE.

1. *La foi du dépôt autrefois inviolable.*
2. *Pourquoi a été faite l'Authentique* Si quis vult.
3. *Si l'ordonnance de Moulins avoit lieu à l'égard du dépôt.*
4. *Trois eſpeces de dépôt.*
5. *En quelles eſpeces de dépôt cette ordonnance avoit lieu.*
6. *Arrêt qui étend cette ordonnance au dépôt.*
7. *Diſtinction du dépôt volontaire & néceſſaire.*
8. *Pourquoi la preuve par témoins eſt recevable dans le dépôt néceſſaire.*

1. LA foi du dépôt étoit autrefois tellement ſacrée & inviolable, qu'il ſe faiſoit entre amis, alliés, parens, & voiſins, en ſecret, & ſans y appeller aucuns témoins. C'eſt pourquoi, dans les premiers ſiécles de l'égliſe naiſſante, on donnoit cet éloge particulier à la piété & à la bonne foi des Chrétiens, que jamais ils ne dénioient le dépôt qui leur avoit été confié, comme le reconnoît Pline le Jeune, dans une lettre qu'il écrit à Trajan, en ces termes: *Si le ſerment étoit en uſage parmi eux, ce n'étoit pas pour s'obliger à faire des crimes, mais au contraire ils faiſoient ſerment de ne point commettre de vols, &*

---

1. QUANTUM ergo ad depoſitum, tanta olim erat depoſiti ſanctitas atque fiducia, ut inter amicos, affines, cognatos, vel vicinos, remotis teſtibus, ut plurimùm, fieret. Ideoque naſcente eccleſiâ, primis Chriſtianis illud inſigne pietatis & bonæ fidei tribuebatur, penès eos depoſitum, ab eis nunquam denegari, ut teſtatur Plinius Junior, ſcribens ad Trajanum, *a* his verbis: *Se ſacramento non in ſcelus aliquod obſtringere · oliti erant, ſed ne furta, ne latrocinia committerent, ne-*

a *Epiſtol.* 100, *Lib.* 10.

de ne point nier la foi du dépôt. Cette bonne foi, à l'égard du dépôt, a été gardée entre les hommes pendant plusieurs siécles, jusqu'à ce qu'enfin les mœurs des hommes vinrent à se corrompre de telle sorte que, du tems de Justinien, on ne gardoit presque plus la foi du dépôt.

2. Car comme plusieurs, sous prétexte d'amitié ou de parenté, soutenoient faussement avoir fait un dépôt entre les mains d'un ami ou d'un parent, & qu'au contraire ceux qui l'avoient effectivement reçu, le nioient hardiment, parce qu'ils l'avoient reçu sans témoins & en cachette, comme c'étoit la coutume de pratiquer lors entre amis & entre les honnêtes gens; ce fut par cette raison que Justinien fit la constitution par laquelle il prescrivit en quelle forme & avec quelle précaution ce dépôt se devoit faire (laquelle constitution n'a pourtant jamais été observée en France) sçavoir qu'un dépôt ne se pourroit prouver que par un acte rédigé par écrit, souscrit par trois témoins: chacun même ne laissa pas, nonobstant cette constitution, d'en user toujours suivant l'ancienne bonne foi, & de confier ce qu'il déposoit sans témoins & sans écrit; & ainsi, quand le dépôt venoit à être dénié, il étoit libre d'en prouver la vérité par toute sorte de preuves, soit par écrit, soit par témoins, suivant qu'il étoit permis par l'ancien droit.

3. Mais cette ordonnance de Moulins ayant été pu-

---

fidem fallerent, ne depositum, appellati abnegarent. Hæc depositi fides multis temporibus servata fuit inter homines. Tandem paulatim pro corruptis hominum moribus degeneravit, adeò ut temporibus Justiniani ita dubium sit revocata deponendi fiducia *a*

2. Nam cùm multi depositum falsò subjicerent ob speciem amicitiæ, vel conjunctionis, & è contra, qui depositum acceperant audacter denegarent, eò quòd remotis testibus, & occultè accepissent, ut fieri solebat olim inter amicos, & probissimos viros: ideo sancita est Novella à Justiniano super formâ contrahendi depositi, *b* quæ tamen in hoc regno observata non fuit; ut scilicet depositi fides non nisi scriptis, & tribus testibus probari posset. Imò, ut plurimùm, locum habuit antiqua illa depositi fiducia, quâ sine testibus aut scripturâ fiebat inter amicos depositum; & hâc ratione, quovis genere probationis, si fortè denegaretur, vel scriptis, vel testibus, secundùm priscam juris licentiam, probari poterat. *c*

3. Superveniente autem hâc regiâ constitutione, dubitatum fuit, an

a *Notatur in Auth. de instr. caut. & fid. §. Si quis. Coll.* 6.

b *In Auth. Si quis vult. C. Qui potior in pig. hab.*

c *L. In actionem C. De jurejur.*

bliée, on douta s'il la falloit étendre au dépôt, à cauſe (qu'en l'obſervant) c'étoit révoquer en doute & bleſſer cette ancienne bonne foi, qui veut qu'entre les meilleurs amis le dépôt ſe faſſe ſans prendre aucune ſûreté.

4. Cette queſtion n'étoit pas ſans difficulté; & pour la bien entendre, il faut préſuppoſer qu'il y a trois eſpeces de dépôts;

La premiere, quand le dépôt ſe fait principalement en faveur du dépoſitaire, pour lui donner moyen de ſe ſervir de la choſe qui eſt dépoſée entre ſes mains; & lors ce n'eſt pas proprement un dépôt, mais ce qu'on appelle *commodatum*, ou *prêt à uſage*; ou du moins quelqu'autre ſorte de contrat, dont il eſt parlé dans pluſieurs loix;

La ſeconde, quand le dépôt eſt fait, tant en faveur de celui qui dépoſe, que du dépoſitaire; par exemple, à condition que celui qui reçoit le dépôt, s'en ſervira moyennant une certaine rétribution au profit de celui qui lui a confié ce dépôt; & cela ne ſe peut encore appeller un dépôt qu'improprement; mais c'eſt plutôt louer l'uſage d'une choſe; & Alciat appelle ces deux ſortes de dépôts *irréguliers*.

5. C'eſt pourquoi, dans ces deux cas, il n'y a point de doute que l'ordonnance de Moulins n'ait lieu, parce que *commodatum* ou *prêt à uſage*, & le bail à loyer, ſont des contrats de bonne foi, en faveur deſquels on ne peut al-

---

ad depoſitum extenderetur, propter antiquam illam deponendi fiduciam quæ inter amiciſſimos tantùm haberi ſolet.

4. Hæc quæſtio non carebat diſputatione, & ideò ut faciliùs intelligatur, præſupponendum erit tres eſſe depoſiti ſpecies.

Prima, quando depoſitum fit in gratiam præcipuè illius penès quem deponitur, ut re depoſitâ utatur; & hoc impropriè depoſitum dicitur, ſed potiùs commodatum, aut alia contractûs ſpecies, ut multis legibus traditum eſt.

a Secunda, quando in gratiam utriuſque fit depoſitum, ſcilicet, ut ille qui accipit re depoſitâ utatur, aliquo dato deponenti; & adhuc eſt impropriè depoſitum cùm magis vergat in locationem. *b* Et hæc duo depoſiti genera, Alciatus vocat irregularia.

5. *c* Quocirca in his duabus ſpeciebus, nullum erit dubium, quin lex iſta locum habeat, quia commodatum & locatio ſunt vulgares contrac-

a *L. Lucius. Titius; & L. Publia.* §. *Lucius. ff. Dep.*

b *L.* 1, §. *Si veſtimenta, & ſeq. L. Quintus Cec. & l. Si ſacculum, ff. eod. cap. bona fides ext. eod.*

c *Ad L.* 2, *ff. Si cert. pet.*

léguer aucun privilege qui les exempte de la rigueur de l'ordonnance.

La troiſieme eſpece du dépôt eſt quand il ne s'agit que de l'intérêt ſeul de celui qui dépoſe une choſe entre les mains d'un autre, ce qui eſt le véritable dépôt ; & c'eſt de celui-là dont on a principalement douté, & avec juſtice, parce qu'on n'a coutume de le faire, pour l'ordinaire, que dans un tems où la néceſſité nous y oblige, comme en tems de guerre, & en tems de peſte, ou dans une autre occaſion preſſante, qui oblige celui qui fait le dépôt, de fuir ou de ſe retirer en pays éloigné, ou de ſe cacher, comme il eſt arrivé ſouvent, durant ces dernieres guerres civiles, à ceux de l'un & de l'autre parti ; car le péril étoit ſi preſſant, que l'on n'avoit pas même un moment pour chercher un notaire. Mais on étoit forcé de donner en dépôt à la premiere perſonne, qu'on rencontroit, ce qu'on ne pouvoit emporter : *Car*, dit Ulpian, *dans ces occaſions, le tems ni le lieu ne permettent pas de délibérer plus long-tems.* Et c'eſt par ces raiſons, qu'il y avoit lieu de croire que ce dépôt méritoit toutes ſortes de faveurs, & qu'il falloit ſe ſervir de toutes ſortes de preuves, même du témoignage des parens de celui qui l'avoit fait, pour en juſtifier la vérité, & qu'ainſi le dépôt ne devoit point être compris dans cette ordonnance.

---

tus bonæ fidei, *a* in quibus nullum poteſt aſſerri privilegium, ut excipiantur à conſtitutione iſtâ.

a §. *Actionum. Inſt. de action.*

Tertia ſpecies depoſiti eſt quando in gratiam ſolius deponentis res cuſtodienda traditur, quod verè depoſitum dicitur: *b* & de eo dubitatum fuit; nec perperàm, cùm magis, ut plurimùm, fieri ſoleat tale depoſitum tempore neceſſitatis ut tempore belli, vel tempore peſtis, aut aliâ urgente occaſione, quâ aut deponens fugere, aut longè abire, vel etiam latere neceſſe habeat : prout his bellis civilibus nuper tranſactis pluriès ab utriuſque partis hominibus expertum fuit; nam tam calvæ erant occaſiones, ut quærendorum tabellionum momentum, etiam minimum, non largirentur, ſed tantùm arripiebatur deponendi qualiſcunque opportunitas : *In his enim* (inquit Ulpianus) *c locus vel tempus non patitur pleniùs deliberandi conſilium.* Et his rationibus videbatur depoſitum uſque adeò privilegiatum, ut quoquo probationis genere, etiam teſtibus alioquin conjunctis, probari poſſet, nec huic regiæ conſtitutioni depoſitum verum & ſimplex ſubjiciendum.

b *L.* 1, *& L. Quod Nerva, ff. Depoſit.*

c *L. prima de exerc. act.*

6. Nous avons appris néanmoins des plus habiles avocats du parlement de Paris, qu'il a été jugé depuis peu par un arrêt rendu en robes rouges, que cette ordonnance devoit avoir lieu au dépôt ; ce que je crois ne devoir pourtant pas s'entendre du dépôt fait à la hâte, dans la conjoncture d'une néceſſité preſſante, dont il a été ci-deſſus parlé, mais dans le cas d'un ſimple dépôt fait volontairement & ſans néceſſité.

7. Ainſi j'eſtimerois que, dans cette queſtion, il faudroit diſtinguer ; car, ou il s'agit d'un ſimple dépôt fait en pleine liberté, & volontairement, afin de le mettre en garde chez un autre plus ſûrement que nous ne le pourrions garder nous-mêmes, & pour raiſon duquel il eſt dénié ; ou quand celui qui l'a reçu, diffère de le rendre, il eſt ſeulement condamné en droit à reſtituer la ſimple valeur ; & à l'égard de celui-là, je crois que l'ordonnance a lieu, ſuivant la déciſion de cet arrêt de la cour du parlement de Paris, parce qu'il eſt libre à celui qui fait le dépot, ſans être preſſé d'aucune néceſſité, de prendre ſes précautions, & d'en paſſer un acte par écrit : c'eſt pourquoi il faut lui imputer, s'il n'a point contracté ſuivant la forme que la loi lui a preſcrite ; ou le dépôt a été fait dans une néceſſité preſſante, par exemple, dans le tems d'une ſédition, dans un incendie, ou lors d'une ruine de maiſon, d'un naufrage, & autres ſemblables accidens dans leſquels il

---

6. Accepimus tamen à graviſſimis ſupremæ curiæ advocatis depoſitum huic conſtitutioni ſubjici debere, placito curiæ nuper judicatum
a *Ann.* 1573. ſuiſſe, *a* & purpureis veſtibus pronunciatum. Quod tamen intelligendum non puto, de depoſito ſupradictis neceſſitatibus tumultuariè facto, ſed de ſimplici & voluntario depoſito.

7. Atque ideò in hac quæſtione ità diſtinguendum putarem. Aut enim agitur de ſimplici, libero, & ſpontaneo depoſito, quod, non urgente neceſſitate, ſed liberali voluntate, ad tutiorem cuſtodiam depoſitum ſit, & cujus denegatione, vel morâ, juriſconſuitus ad ſimplum duntaxat con-
b *L. Prima, §. Prætor ait. ff. depoſit.* demnationem exigit. *b* Et in hoc puto hanc legem locum habere, juxtà arreſtum curiæ : cùm libera ſit facultas deponenti nullâ neceſſitate preſſo, depoſitum ſolemniter & ſcriptis facere, ideoque ei imputandum, ſi ſe-
c *L. ſi quando. C. de inoff. teſtamento.* cundùm legis formam non contraxerit. *c* Aut verò depoſitum ex neceſſitate factum dicitur, utpote in tumultu, incendio, ruinâ, naufragio, aliſque ſimilibus cauſis, in quibus nullum pleniùs deliberandi tempus

n'eſt

n'eſt pas permis de délibérer, comme il eſt arrivé ſouvent (en ces derniers tems) quand les ſoldats étoient, à tous momens, à nos portes pour enlever les beſtiaux ; alors le payſan ſimple & groſſier, ou le marchand fuyant par ſa porte de derriere, chargé de ſon argent & de ce qu'il avoit de plus précieux, les dépoſoit en cachette & à la hâte entre les mains de ſon ami ; car, en ſemblable cas, ſi le dépôt eſt dénié, la loi condamne le dépoſitaire au double.

8. Par conſéquent, puiſque dans cette conjoncture l'on n'a pas le tems de faire un écrit, ni de chercher un notaire, perſonne ne peut douter que nonobſtant cette ordonnance & l'arrêt ci deſſus marqué, la preuve par témoins ne doive être recue par deux raiſons ; la premiere, parce qu'en ce cas il y a du dol & de la perfidie de dénier un dépôt fait dans un tems de néceſſité dont la vengeance ſemble être de droit public : *Car*, comme dit Ulpian, *quand on confie un dépôt à quelqu'un dans la conjoncture d'une néceſſité preſſante, s'il le dénie, la perfidie en eſt bien plus grande, & il eſt de l'intérêt public de la réprimer pour venger en quelque ſorte la république de cette injure.* Or eſt-il qu'en matiere de crime, ou choſes qui approchent du crime, toute ſorte de preuve doit être reçue ; donc cette ordonnance ne pourra avoir lieu en ce cas. L'autre raiſon eſt, qu'à l'égard des choſes qui ſe font par néceſſité, on a coutume de les diſtinguer de celles qui ſe font

---

datur, ut ſæpè viſum fuit cùm milites pecorarii omnia ſurripientes pro foribus eſſent : tunc ſimplex ruſticus, vel mercator per poſticum fugiens, cum ſuo theſauro, vel rebus pretioſioribus, apud amicum latentèr & tumultuariè deponebat. Quo caſu ſi à depoſitario denegetur, lex in duplum condemnationem infligit.

8. *a* Quia ergo facultas ſcribendi depoſiti, vel notarios adhibendi, omninò denegatur : nemini dubium erit, non obſtante hâc lege, & arreſto, teſtibus probari poſſe, duplici ratione : unâ quòd hujuſcemodi depoſiti in neceſſitate facti denegatio, doli & perfidiæ crimen habeat, cujus vindicatio publici juris eſſe videtur : *Cùm enim* (inquit Ulpianus *b*) *exigente neceſſitate deponitur, creſcit perfidiæ crimen, & publicâ utilitate coërcendum eſt, vindicandæ reipublicæ cauſâ.* Atqui in criminibus, aut criminis ſpeciem habentibus, omne probationis genus recipi debet, ergo huic legi locus eſſe non poterit. Alterâ, quòd ea quæ neceſſitate fiunt, à

a *L.* 1, *ff. de exerc. Act.*

b *L. prima*, §. *Merito*, *ff. Depoſiti.*

volontairement ; de telle ſorte que ce que la loi exigeroit de ſes ſolemnités, ſi la choſe ſe faiſoit volontairement, eſt remis par la loi quand il y a néceſſité ; car la néceſſité n'a point de loi, comme on dit, laquelle (ſuivant le poëte lyrique) contraint de telle ſorte les hommes, qu'elle les force ſouvent de ne pas accomplir exactement les préceptes de la loi. Par ces raiſons, je conclus que l'arrêt du parlement de Paris, qu'on dit être intervenu au ſujet d'un dépôt, ne doit point s'entendre du dépôt fait dans un accident imprévu & par néceſſité, & qu'il ne faut pas croire que cet illuſtre ſénat, dont l'intention eſt l'équité même, ait eu la penſée d'y étendre l'ordonnance ; de crainte que, ſi elle étoit obſervée à la lettre, il ne s'enſuivît une injuſtice manifeſte. Il doit donc demeurer pour maxime que le dépôt volontaire ne ſe peut prouver que par écrit, & que celui qui eſt forcé, ſe peut prouver par témoins, & par quelqu'autre ſorte de preuve que ce ſoit. En effet, j'ai ſçu depuis, que l'arrêt ci deſſus rapporté, avoit été rendu dans l'eſpece d'un dépôt fait par un homme qui étoit ſur le point de faire un voyage en pays fort éloigné : ainſi cet arrêt n'a point préjugé la queſtion touchant le dépôt néceſſaire, & n'y doit point être étendu ; ce qui ſoit dit néanmoins, ſauf le reſpect dû aux déciſions de ce parlement, qui ſe doivent toujours interpréter ſelon la ſouveraine équité.

---

voluntariis actibus ita diſtingui ſoleant, ut quod in voluntariis actibus à lege exigitur, neceſſitatibus condonari ſoleat : *a* neceſſitas enim vulgò legis neſcia dicitur, quæ cum ſuis clavis trabalibus, ut eam deſcribit Lyricus poëta, *b* ità homines conſtringit, & præcipitat, ut legis ſæpè exacta præcepta omittere cogantur. *c* Ex his concludo placitum curiæ, quod de depoſito latum dicitur, ad iſtud depoſitum, fortuitò & neceſſitate factum, extendi non debere, nec de eo ampliſſimum ſenatum, cujus intentio eſt ipſiſſima ἐπιείκεια, cogitaſſe, magis credendum eſt, ne ex hujus conſtitutionis ſummo jure injuria inducatur. *d* Stet ergo hæc reſolutio, depoſitum voluntarium non niſi ſcriptis, neceſſarium verò & coactum teſtibus, & quovis genere probationis, probari poſſe. Et re verâ nuper accepi arreſtum ſupradictum de depoſito, ab eo qui peregrè proficiſci deliberabat facto, latum fuiſſe, ideoque ad neceſſarium extendi non debere. Quæ tamen ſalvâ tanti ſenatûs majeſtate & æquiſſimâ interpretatione, dicta ſunt.

a *L. Cùm poſtulaſſem, ff. de Damn. inf.*

b *Lib. 1, carm. ob. 35.*

c *L. Non ſolùm, §. fin. ff. de exc. tut. l. un. §. Jamè, ff. de off. conſ.*

d *L. Si Servum, §. Sequitur, ff. de ver. Oblig.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE III.

SOMMAIRE.

1. *Deux ſortes de dépôts, volontaire, & néceſſaire.*
2. *Juſtice de l'Ordonnance touchant le dépôt volontaire.*
3. *Arrêt en forme de réglement ſur ce ſujet.*
4. *Arrêt rapporté par Brodeau, touchant un dépôt reçu par une femme, expliqué.*
5. *S'il y a une reconnoiſſance par écrit du dépôt, la foi n'en peut être diviſée.*
6. *Si la déclaration de celui qui eſt chargé d'un* fidéicommis *envers un autre, doit être crue.*
7. *Du dépôt qui appartient à pluſieurs.*
8. *Du dépoſitaire qui a rendu le dépôt à un autre qu'à l'héritier de celui qui lui avoit mis le dépôt entre les mains.*
9. *Du dépôt fait par un voleur.*
10. *Du dépôt caché, trouvé ſous le ſcellé appoſé ſur les effets d'un défunt.*
11. *Maxime*, Ei cui ſignum competit, & ſignatum competere ; *ce que les Romains appelloient* vinum doliare, & vinum diffuſum.
12. *Différence qu'ils faiſoient entre* ſigna & titulos imponere.
13. *Du dépoſitaire qui a prêté de l'argent ſur les choſes qui lui ont été dépoſées.*
14. *Arrêt concernant ceux qui prêtent ſur gages.*
15. *Du dépôt néceſſaire.*
16. *Du dépôt fait par un voyageur dans une hôtellerie.*
17. *Maxime de rigueur à Rome contre les hôteliers, & autres perſonnes ſemblables.*
18. *Notre juriſprudence ſur ce ſujet.*
19. *Preuve par témoins reçue contre les hôteliers après l'Ordonnance de Moulins, & avant celle de* 1667.
20. *Cas dans leſquels cette preuve n'a pas lieu.*
21. *Circonſtances requiſes pour rendre l'hôtelier garant de ce qui a été perdu dans ſon hôtellerie.*

22. *Si la distinction des loix Romaines, au sujet du vol commis par un voyageur, est reçue parmi nous.*
23. *Arrêt sur ce sujet.*
24. *Du vol fait par un voyageur à un autre voyageur dans l'hôtellerie.*
25. *Du vol fait au voyageur quand l'hôtelier lui a donné une chambre pour serrer ses hardes.*
26. *Si l'hôtelier est tenu du fait de ses domestiques.*
27. *Si l'hôtelier a refusé de se charger de la garde des hardes du voyageur.*
28. *Du vol fait dans une hôtellerie située en lieu écarté.*
29. *Si le voyageur est reçu à prouver la valeur de ce qui lui a été volé.*
30. *Si le registre du messager public fait foi.*
31. *Du vol des marchandises, ou hardes en ballot, dont le registre du messager n'est point chargé en détail.*
32. *Du vol arrivé entre les mains d'un simple voiturier.*
33. *Si ce voiturier est un dépositaire nécessaire.*
34. *Réglement pour les messagers publics.*
35. *De l'argent monnoyé envoyé dans une lettre missive.*

1. BOICEAU, dans ce chapitre, parle de deux sortes de dépôts, de celui qui s'appelle *volontaire*, & de celui que les jurisconsultes nomment *nécessaire*. Il faut donc examiner ce que les ordonnances & les arrêts ont décidé à l'égard de l'un & de l'autre. On ajoûtera ensuite les questions qui concernent le dépôt fait dans une hôtellerie par un voyageur, dont Boiceau n'a rien dit, parce que l'ordonnance de Moulins n'en a point parlé, & lequel a été excepté de la prohibition générale, par celle de 1667.

2. Quant au dépôt [*] en général, la foi en doit être inviolable; & M. Cujas en ses Paratitles, *C. Depositi*, après avoir marqué les priviléges que la loi donne en faveur du dépôt volontaire, étoit d'avis de l'excepter de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, comme il a été dit, ce qui seroit juste; si les hommes n'étoient pas si corrompus. Mais puisque la bonne foi est devenue si rare, il

[*] Le dépôt est proprement, quand il est fait en faveur, & à la seule confidération de celui qui le confie en garde. *Leg. 1, & leg. quod Nerva, ff. dep.*

faut s'en tenir à la rigueur de l'ordonnance qui eſt toute pleine de ſageſſe & de juſtice en cette occaſion. Auſſi elle a toujours été obſervée à l'égard du dépôt volontaire. Chenu, Centur. 1, queſt. derniere, en rapporte un arrêt de 1575, lequel explique nettement quelle étoit la juriſprudence en ce tems-là ſur ce ſujet; cet arrêt déchargea des héritiers de la demande faite par un ſoldat, d'un dépôt par lui fait entre les mains du défunt ſans écrit, après que les héritiers eurent déclaré qu'ils n'en avoient aucune connoiſſance, quoique celui qui en demandoit la reſtitution, offrît de faire preuve que le défunt avoit dit devant pluſieurs perſonnes dignes de foi, qu'il avoit ce dépôt entre ſes mains.

3. Ce qui eſt à remarquer, eſt que la cour ordonna, comme par forme de réglement, en interprétation de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, que la preuve teſtimoniale ne ſeroit plus reçue à l'avenir en matiere de contrats & de dépôts excédans cent livres; ce qui eſt conforme à la loi 2, *ff. Depoſ.* & au ſentiment d'Harménopule, qui dit que celui qui fait un dépôt, peut, s'il veut prendre ſes ſûretés, & tirer une reconnoiſſance du dépoſitaire paſſée devant des témoins dignes de foi; d'où il faut conclure, dit-il, que s'il ne l'a pas fait, il doit s'imputer cette faute, & ſuivre entiérement la foi de cette perſonne qu'il a choiſi comme ſon ami; c'eſt ce qu'obſerve auſſi M. Louet, lettre D, n. 34, ci-deſſus cité. En un mot, il eſt, en quelque ſorte, de l'intérêt public de n'expoſer pas en proie légèrement la réputation & les biens des particuliers au ſimple témoignage de deux témoins qui peuvent être corrompus. [*]

Qui rem alicujuam apud aliquem deponit, ſi aliundè ſibi cautum ac proſpectum velit & litteras quidem ab eo accipiat, cui rem aſſervandam inſtituit verum-ne ejus tantùm chirographo contineas ſit, ſed & inſuper & teſtes advocet atque adhibeat integros ac ſpectatos homines. L. 3, T. 9, de Depoſito.

4. Le même Brodeau, lettre F, n. 11; rapporte un arrêt

[*] Cela ne fait plus maintenant matiere à queſtion, l'ordonnance de 1667 l'ayant décidé formellement, tit. 20, art. 2: « Seront paſſés actes ... même » pour dépôts volontaires. »

Il n'eſt pas même permis de chercher à ſe procurer, en ce cas, la preuve teſtimoniale par la voie extraordinaire de la plainte, &, quelque concluante que pût être l'information, les juges n'y auroient aucun égard. Cette juriſprudence eſt conſacrée par pluſieurs arrêts. Le troiſieme volume du Journal des audiences en cite deux rendus les 16 Janvier & 7 Avril 1764; le premier, ſur les concluſions de M. Talon; le ſecond, ſur celles de M. Bignon. Ces deux magiſtrats expoſerent alors avec beaucoup de force, le danger des voies obliques pour contrevenir à l'ordonnance. Denizart, dans ſa Collection, *verbo* DEPÔT, en rapporte un du mois de Mars 1724, rendu contre un ſieur Triol, négociant, qui avoit emprunté du nommé Fayard

notable du 14 Août 1613, au ſujet d'un dépôt volontaire. Il fut jugé par cet arrêt, qu'une femme mariée, que l'on ſoutenoit avoir reçu un dépôt à l'inſçu de ſon mari, ayant enſuite renoncé à la communauté, ne pouvoit être contrainte par corps à le reſtituer; mais la cour ajoûta : Sauf à ſe pourvoir contre les héritiers du mari. Cet arrêt eſt fondé ſur ce que la femme mariée ne ſe peut obliger ſans le conſentement de ſon mari; & il ne faut pas induire de ce que la cour prononça, en faveur de celui qui avoit fait ce dépôt, un recours contre les héritiers du mari, que par conſéquent la femme avoit pu, en recevant ce dépôt, engager ſon mari à le reſtituer. Parce que : 1. cet arrêt ne fut pas rendu avec les héritiers du mari. Il auroit éte injuſte de les condamner à cette reſtitution, puiſque dans cette eſpece le mari n'avoit pas eu connoiſſance du dépôt, & n'en avoit pas profité. 2. Parce qu'une femme mariée ne peut ſe charger d'un dépôt ſans le conſentement de ſon mari : Mornac en remarque un arrêt, *ff. Depoſiti.* 3. Si cela étoit permis à une femme, il ne tiendroit qu'à elle de ruiner ſon mari & ſes héritiers, même en ſuppoſant un dépôt, qui n'auroit pas été fait entre ſes mains. Enfin il n'y a que la marchande publique, qui puiſſe obliger ſon mari à ſon inſçu, & malgré lui, pour

14565 livres, & ſoutenoit avoir donné (ſans reconnoiſſance) un certificat de cinq actions en nantiſſement du prêt. Triol ayant redemandé ſon certificat, Fayard nia le dépôt. Triol rendit plainte, & accuſa Fayard de larcin : le premier juge avoit inſtruit la procédure juſqu'à ſentence qui condamnoit Fayard au blâme. L'appel relevé, la cour, ſans avoir égard à l'information qui étoit concluante, jugea qu'on n'avoit pas pu contrevenir indirectement à l'ordonnance qui défend la preuve teſtimoniale.

Cependant le même auteur, à l'endroit cité, rapporte un jugement qui paroît contraire. En voici l'eſpece. Le ſieur De varenne avoit emprunté 85000 l. du ſieur Belafaire, pour ſûreté de quoi il avoit donné vingt-cinq actions audit ſieur Belafaire, & en avoit dépoſé vingt-cinq autres entre les mains de Belot, notaire, avec un billet ſigné des deux, (Belafaire & Devarenne) qui expliquoit ce que Belot devoit faire des actions. Belot avoit violé le dépôt, en remettant les actions à Belafaire, qui en convint dans ſes interrogatoires. Devarenne avoit rendu plainte & la dépoſition des témoins étoit en ſa faveur. Mais Belot diſoit qu'on ne lui avoit jamais dépoſé ni actions ni écrit : il invoquoit les ordonnances & la juriſprudence, & prétendoit qu'il falloit s'en rapporter à ſa déclaration. Par jugement ſouverain, rendu par M. le lieutenant de police, & pluſieurs conſeillers du châtelet, commiſſaires du conſeil en cette partie, le 27 Septembre 1724, Belot a été condamné ſolidairement avec le ſieur Belafaire à reſtituer la valeur de ces actions, au dire d'agens de change, & en 1500 liv. de dommages-intérêts, avec défenſes de récidiver & d'uſer de pa-

vente de la marchandiſe dont elle ſe mêle ; & par conſéquent, la femme ne peut le charger d'un dépôt, quand il n'y a pas conſenti. Ainſi, ſi cet arrêt donne un recours à celui qui avoit fait le dépôt, contre les héritiers du mari, cela ſe doit entendre en prouvant par lui que le mari en avoit profité, & qu'il y avoit de la colluſion entre lui & ſa femme, qui ne s'en étoit chargée ſeule, que pour avoir occaſion d'en profiter tous deux plus ſûrement, ſans en pouvoir ni l'un ni l'autre être inquiétés.

A l'égard du dépôt volontaire, il y a pluſieurs queſtions à faire.

5. La premiere, ſi, quand celui qui a fait le dépôt, a pris une reconnoiſſance par écrit du dépoſitaire, des choſes qu'il a dépoſées entre ſes mains, ſoit que ce dépôt ſoit volontaire ou néceſſaire, il eſt recevable à demander à faire preuve par témoins, qu'il en a omis quelques-unes, ou qu'il a dépoſé d'autres choſes depuis entre les mains de la même perſonne, & il eſt certain qu'il n'y eſt pas recevable : 1° Parce que l'ordonnance, non plus que le droit Romain, n'admet point la preuve par témoins contre un acte par écrit ; ce qui a été jugé en termes exprès par un arrêt rapporté par Montholon, n. 47, lequel arrêt eſt fondé ſur ce que celui qui a fait le dépôt, ayant pris la voie de ſe faire donner une reconnoiſſance par écrit par le dépoſitaire, il eſt préſumé n'y avoir rien omis ; & quand même il n'y auroit point de reconnoiſſance par écrit, il ſeroit tenu de s'en rapporter à la décla-

reilles voies. Il y avoit dix-huit juges qui opinerent depuis huit heures du matin juſqu'à cinq heures du ſoir ſans interruption.

Sur quoi il eſt à remarquer que ce jugement n'eſt point du tout à ſuivre ; car il va directement contre le texte formel de l'ordonnance. Il s'agiſſoit d'un dépôt volontaire, & le ſieur Devarenne avoit à ſe reprocher de n'en avoir pas tiré de reconnoiſſance de la part de Belot. Il eſt à préſumer que ce ne ſont que les circonſtances les plus fortes qui ont déterminé des juges auſſi éclairés à violer des régles auſſi ſacrées. Peut-être la preuve teſtimoniale ſe trouva-t-elle avoir, ſoit par le nombre, ſoit par la qualité des témoins, ou par la gravité des dépoſitions un degré de force & de certitude, qui approchoit de l'évidence, & ne laiſſoit aucun lieu de ſoupçonner de leur part ni erreur ni ſéduction. D'ailleurs nous voyons que Belafaire, complice de Belot, avoit lui-même avoué la remiſe qui lui avoit été faite par Belot. L'on a peut-être auſſi conſidéré que le ſieur Devarenne étoit excuſable d'avoir mis ſa confiance dans un homme dont la qualité de Dépoſitaire public ſembloit devoir répondre de ſa probité & de ſa fidélité.

ration du dépositaire, qui fait foi en ce cas ; à plus forte raison, quand elle est soutenue par un acte par écrit.

6. 2° Si le dépôt a été fait entre les mains d'une tierce personne pour le rendre à une autre, on demande si, quand cette personne a déclaré le nom de celui à qui il prétend qu'il doit être rendu, la preuve par témoins du contraire n'est point permise ; & la régle est qu'en ce cas il en doit être cru absolument à sa parole, parce qu'il a pour lui le choix de celui qui a fait le dépôt entre ses mains, lequel l'a cru incapable de trahir ses intentions ; c'est ce qui est décidé par la loi 26, *ff. Depositi*, & ce qui a été jugé par les arrêts. Le Journal des audiences, T. 2, f. L. ch. 54, en rapporte un du 15 Décembre 1664, dans l'espece d'une religieuse, entre les mains de laquelle un particulier, en mourant, avoit déposé une certaine somme pour la donner à une autre : la cour adjugea cette somme à celui au profit duquel elle fit sa déclaration. Soëfve, Cent. 3, chap. 30, en rapporte un semblable ; & M. le Prestre, Cent. chap. 30, en rapporte un autre, qui jugea que la foi de cette déclaration ne pouvoit être divisée : ainsi il faudroit un commencement de preuve par écrit, pour obtenir la preuve par témoins, que la déclaration n'est pas conforme à la volonté du testateur.

L. 3, C. Depositi.
L. 4, D. depositi.

7. 3° On demande à cette occasion ce qu'il faut faire, si le dépôt appartient à plusieurs, comme s'il a passé à plusieurs héritiers ; & en ce cas, ou c'est une chose qui se peut diviser, dit la loi, comme de l'argent ; & alors le dépositaire, par autorité du préteur, & devant des témoins irreprochables, devoit rendre à chacun sa portion héréditaire ; & si elle ne se pouvoit diviser, il devoit la rendre toute entiere à l'un, du consentement de tous les autres, ou faire ordonner en justice, avec eux qu'il la consigneroit ; ce qui peut aussi être observé parmi nous.

8. Mais si le dépositaire a rendu le dépôt à une personne qu'il a cru être héritiere du défunt, & qui ne l'étoit pas ; s'il l'a fait de bonne foi, il n'est pas tenu de l'action du dépôt, dit le §. *Si rem*, *l.* 1, *ff. Depositi ;* mais s'il a eu raison d'en douter, la présomption est contre lui ; car il n'a pas dû le rendre, sinon en la maniere ordonnée par la loi, c'est-à-dire par autorité du juge. Ainsi ce seroit à lui, en

ce

ce cas, à prouver que cette perſonne étoit effectivement héritiere du défunt, & qu'elle a eu droit de retirer le dépôt; & cette qualité d'héritier ſe peut auſſi quelquefois prouver par témoins, c'eſt-à-dire, la qualité de proche parent, qui rend la perſonne habile à ſuccéder.

9. Si un voleur a dépoſé entre les mains d'une tierce perſonne ce qu'il a dérobé à un autre, & que le propriétaire le revendique, on demande ce qu'il faut faire? La loi 31, *D. Depoſiti*, décide que, quoiqu'il ſoit de la juſtice de rendre à chacun ce qui lui appartient, cela ſe doit entendre, pourvu qu'il ne ſe trouve point une autre perſonne qui puiſſe redemander cette choſe avec plus de juſtice que celui qui l'a dépoſée: ainſi, dans ce cas, le propriétaire eſt recevable à prouver par témoins que, les choſes volées ont été remiſes entre les mains du dépoſitaire par le voleur, parce qu'il ne s'agit en cela, à l'égard de ce propriétaire, que de la preuve d'un fait étranger, & non pas d'aucun dépôt qu'il ait fait [*]; il ſuffit donc qu'il prouve que le dépoſitaire a en ſa poſſeſſion les choſes volées, & qu'elles lui appartiennent; & ſi le dépoſitaire eſt complice du vol, il peut demander la permiſſion d'en informer contre lui.

10. On peut demander ſi, lors de l'inventaire des biens d'un défunt, il ſe trouve ſous le ſcellé une caſſette cachetée des armes d'une tierce perſonne, ſans qu'il paroiſſe par aucun écrit, que ce ſoit un dépôt, ni à qui cette caſſette appartient; ſi les cachets qui y ſont appoſés, peuvent paſſer pour un commencement de preuve de dépôt en faveur de la perſonne de qui ſont les armes du cachet; & il ſemble que non, à ſuivre l'ordonnance de 1667, à la lettre, parce qu'elle veut qu'il y ait une preuve par écrit du dépôt. Mais outre que la preuve par écrit, n'eſt requiſe que dans le dépôt volontaire, & que cette caſſette peut avoir été dépoſée lors de quelque accident imprévu, on peut dire que, quand même ce ſeroit un dépôt volontaire, quoiqu'il n'y ait aucun acte par écrit, ſi néanmoins cette circonſtance du cachet des armes de celui qui le revendique, eſt encore ſoutenue par d'autres préſomp-

[*] Il n'a pas été libre au propriétaire de ſe procurer une preuve par écrit de ce dépôt.

tions, comme s'il rapporte la clef de cette caſſette, s'il ſpécifie en detail tout ce qui y eſt renfermé, s'il étoit ami du défunt, & que l'héritier ne puiſſe d'ailleurs juſtifier que cette caſſette ne lui appartient pas, non-ſeulement la preuve par témoins doit être accordée à cette perſonne à l'effet de juſtifier que c'eſt lui qui l'a dépoſée; mais même ces circonſtances peuvent être ſi juſtes & ſi évidentes par elles-mêmes, que cette preuve ne ſoit pas même néceſſaire en ſa faveur; ce qu'il faut laiſſer à la prudence du juge.

11. Et la maxime ſur laquelle cette déciſion eſt fondée, peut être tirée de la loi 14, *ff. de periculo & commod. rei venditæ*, dans laquelle il eſt dit que, du moment que l'acheteur a mis ſa marque ſur la marchandiſe qu'il a achetée, elle eſt réputée lui appartenir, & lui avoir été livrée; ſur laquelle loi les docteurs ont établi la maxime générale, que ce qui ſe trouve marqué à la marque de quelqu'un, lui appartient: ce qui a notamment lieu entre marchands. Les autorités en ſont rapportées par Maſcardus, *de Jure mercat. & commer.* l. 3, ch. 9, *in fine*; & cette loi n'eſt point contraire au §. *Si dolium.* de la premiere loi du même titre: Si celui qui a acheté du vin, a mis ſa marque ſur le poinçon? *Trebatius dit que le vin eſt cenſé lui avoir été livré: Labeo dit le contraire, ce qui eſt vrai; car cette marque eſt miſe plutôt pour empêcher le vendeur de tirer le vin & d'en mettre d'autre à la place, que pour marquer que ce vin a été livré.* Cette loi eſt dans l'eſpece d'un acheteur qui avoit acheté du vin, que le même Ulpien appelle dans cette loi *doliare vinum*, lequel eſt différent de celui qui n'eſt plus dans le tonneau, mais en d'autres vaſes à ce deſtinés, qu'elle appelle *diffuſum, id eſt, quod non amplius in doliis, ſed in vaſis eſt*; ce qui eſt expliqué par la loi 15, *D. de Tritico.* Cette loi marque préciſément que les Romains ſe ſervoient toujours des mêmes tonneaux pour mettre leur vin; car ils ne le vendoient point, & les tonneaux faiſoient partie du fonds, étant enfoncés en terre: elle explique auſſi l'uſage des vaiſſeaux qu'elle appelle *cados & amphoras*, qui étoient ceux dans leſquels on vuidoit le vin qui étoit dans ces tonneaux, après qu'il étoit vendu.

Videri autem trabes traditas, quæ emptor ſignaſſet.

Et cui ſignum competit, & ſignatum competere.

Si dolium ſignatum ſit ab emptore: Trebatius ait, traditum id videri; Labeo contra, quod & verum eſt: magis enim ne ſubmitteretur ſignari ſolere, quàm ut traditum videatur.

Voy. Guy Pancir. *vet. vol. rer. memor. deperdi, T.* 25, *de Cellis*; & Salmut. *ibid.* qui en parlent plus au long.

12. Il faut remarquer, en paſſant qu'il y avoit différence entre *ſigna imponere, & titulos imponere.* Le mot *ſigna*, avoit rapport aux choſes mobiliaires auſquelles il n'étoit pas permis à celui qui n'en étoit pas encore le propriétaire, de mettre ſa marque, avant que le juge devant lequel il en conteſtoit la propriété, la lui eût adjugée, ainſi qu'il eſt marqué au T. 17 du Code, l. 2, *Ut nemini.*

Et on n'impoſoit ce qu'on appelloit à Rome un Titre, qu'aux choſes immobiliaires, pour marquer que l'on en étoit le maître, comme il eſt porté dans le T. 15 & 16 du même livre. *Cod.*

13. Enfin on demande ſi la perſonne entre les mains de laquelle on a mis des hardes par forme de dépôt, a enſuite prêté de l'argent ſur les mêmes hardes, à celui qui les a dépoſées, à condition qu'elles lui demeureroient pour gage, & par forme de nantiſſement de l'argent qu'il lui a prêté ſans faire aucun acte par écrit, la preuve par témoins eſt recevable de ce prêt, en cas que celui qui a fait ce dépôt vienne à le dénier, ou ſi cette perſonne doit être crue en affirmant par elle ce qu'elle a en dépôt, & l'argent qu'elle a prêté depuis ſur la choſe dépoſée; & il eſt conſtant que celui qui a fait le dépôt, ne pourra diviſer l'affirmation de cette perſonne, & qu'il ſera tenu de la payer avant de pouvoir retirer ce qu'il a dépoſé. Mais il eſt à obſerver ſur ce ſujet, que, quand on met des hardes en gages pour emprunter de l'argent, il faut faire un mémoire des hardes par écrit, & un acte où la convention ſoit rédigée pour éviter les fraudes qui ſe peuvent commettre en ce cas.

14. Tronçon, ſur l'article 181 de la Coutume de Paris, rapporte un arrêt de réglement du 25 Novembre 1599, cité par Charondas, liv. 13, Réponſ. chap. 79, & par Péléus, *Act. forenſ.* 94, qui ordonna que ceux qui prêteroient ſur gages une ſomme excédant cent livres, feroient paſſer une reconnoiſſance du prêt par écrit, autrement, que le créancier ſeroit tenu de rendre le gage ſans que le débiteur fût tenu de lui reſtituer l'argent [*]. Le

[*] C'eſt ce qui a été décidé par l'article 8 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673. » Aucun prêt, dit cet article, ne ſera » fait ſous gage, qu'il n'y en ait un acte » pardevant notaires, dont ſera retenue » minute, & qui contiendra la ſomme

Grand ſur Troyes, article 72, n. 63, fait mention de l'article 148 de l'ordonnance de 1629, qui portoit la même diſpoſition. Enfin l'ordonnance de 1667, conforme à celle de Moulins, doit être obſervée à cet égard; & ſi le prêt excède cent livres, la preuve par témoins doit être rejettée.

15. Pour ce qui eſt du dépôt néceſſaire, l'ordonnance de 1667 marque préciſément celui fait, lors d'un incendie, ruine ou naufrage; ce qui comprend tous les autres cas imprévus [*], comme ſédition, contagion, incurſion des ennemis, violence & juſte crainte de la mort, parce que, dans toutes ces occaſions, perſonne n'a ni la liberté ni le tems de prendre un acte du dépoſitaire. Chenu, ſur l'endroit ci-deſſus cité, rapporte un arrêt du mois d'Août 1573, qui, nonobſtant la prohibition de l'ordonnance de Moulins, admet la preuve par témoins en faveur des héritiers d'un particulier de la religion prétendue-réformée, qui avoit dépoſé ſon argent entre les mains d'un homme qu'il croyoit ſon ami, en l'année 1572, le jour même de la S. Barthelemi, auquel il fut tué. Il ſeroit inutile de rapporter d'autres arrêts pour prouver cette juriſprudence, puiſque l'article de l'ordonnance de 1667 y eſt précis; ſur quoi il faut obſerver, en paſſant, que la loi regarde avec beaucoup plus de faveur celui qui fait un dépôt dans la conjoncture d'une néceſſité preſſante,

» prêtée, & les gages qui auront été dé-
» livrés, à peine de reſtitution des ga-
» ges, à laquelle le prêteur ſera con-
» traint par corps. »

L'ordonnance dont parle ici le Grand, porte que toutes perſonnes qui prendront gages pour deniers prêtés, ou dûs, ſans bailler reconnoiſſance par écrit deſdits gages, reſtitueront les gages & perdront la dette. Voyez, à ce ſujet la loi, *Si nulla Cod. de p. g. act.*

Sous le terme de dépôt, on doit auſſi comprendre la remiſe des titres, ou piéces, qu'on auroit confiés à un huiſſier ou à un procureur, pour faire des pourſuites; car la preuve par témoins ne doit pas être alors admiſe, faute d'en avoir pris un récépiſſé. C'eſt le ſentiment de Bornier, Confer. des ord. & de M. Jouſſe, Comment. ſur l'ord. de 1667, not. ſur l'art. 2 du tit. 20. Ils citent un arrêt du 30 Décembre 1602, rapporté par Péléus, liv. 4 de ſes Act. for. art. 22. Cependant je penſe que cela doit beaucoup dépendre des circonſtances; car l'on n'a pas coutume de tirer des récépiſſés des huiſſiers ni des procureurs à qui l'on confie des piéces; & l'on peut dire, à leur ſujet, ce que Danty dit ci-après des ſimples voituriers: ils ſont dépoſitaires néceſſaires, du moins en ce qu'on ne peut ſe paſſer d'eux.

[*] L'art 3 de l'ordonnance dit: » N'entendons exclure la preuve par
» témoins pour dépôt néceſſaire en cas
» d'incendie, ruine, &c. *ni en cas d'acci-*
» *dens imprévus où on ne pourroit avoir*
» *fait des actes.* »

que celui qui le fait dans une pleine liberté. C'eſt pourquoi elle accordoit la peine du double contre celui qui avoit aſſez de mauvaiſe foi pour dénier le dépôt néceſſaire, parce que la néceſſité où ſe trouve réduit celui qui le fait, rend inexcuſable la perfidie de celui qui refuſe de le rendre, ainſi que remarque Boiceau dans ce chapitre ; d'où il s'enſuit que nul n'eſt exempt de rendre le dépôt, quand il l'a reçu & qu'il y en a preuve, non pas même la femme mariée ou le mineur, qui allégueroient l'avoir perdu, parce que ce ſeroit leur permettre le vol ; car celui entre les mains duquel une choſe eſt dépoſée, contracte une obligation réelle de la rendre, dit la loi, laquelle peut être appliquée au dépôt néceſſaire ; parce que celui qui dépoſe, ne choiſit point celui à qui il eſt obligé de le confier ; & la loi donnoit même action en ce cas contre le pere du mineur à concurrence de ſon pécule, *l. ff.*

Is enim apud quem res aliqua deponitur, reobligatur, dit le §. 3, *Inſt. quib. mod. cont. ob.*

2° La preuve par témoins, & toute autre preuve y eſt reçue contre toute ſorte de perſonnes, parce qu'il y a déja une préſomption de droit en cette occaſion en faveur de celui qui allegue avoir fait le dépôt, ſçavoir qu'il a été ſurpris par l'accident qui lui eſt arrivé, & que dans cette ſurpriſe, il a eſſayé de ſauver de l'incendie, ou du naufrage, ce qu'il a pu de ſon bien,

Il faut paſſer à l'autre eſpece de dépôt néceſſaire, qui peut faire plus de difficulté ; c'eſt celui fait par un voyageur entre les mains d'un hôte ou d'une hôteſſe, ſur les chemins.

16. Le titre *Nautæ, caupones, ſtabularii, D.* l. 4, & le titre, 5, *l.* 47 *Furti adversùs nautas*, marquent aſſez que les loix Romaines avoient pris toutes lesprécautions poſſibles pour empêcher les fraudes que ces ſortes de gens avoient coutume de commettre. Deux choſes les avoient excités de veiller ſur leur conduite, la néceſſité de ſe fier à eux, & le peu de foi qui s'y rencontre d'ordinaire. C'eſt pourquoi, s'agiſſant en cela de la ſûreté publique, elles avoient établi pluſieurs maximes de rigueur contre eux ; & parce qu'elles peuvent être d'uſage dans les pays de droit écrit, où l'ordonnance de 1667 eſt auſſi obſervée ſur ce ſujet, il eſt à propos de les expliquer pour en faire

Quia neceſſe eſt plerumque eorum fidem ſequi, & res cuſtodiæ eorum committere. l. 1 ff. Nauti.

l'application, & enſuite on verra de quel uſage elles peuvent être, même en pays coutumier.

Quod cujuſque ſalvum fore receperint, l. 1, ibid.

17. 1°. En droit les hôteliers étoient tenus, non ſeulement de reſtituer les choſes dont ils s'étoient chargés, (ce qui eſt conforme aux régles de la juſtice ordinaire) mais de les garder gratuitement à leurs riſques, ſuivant la loi 6, *Navis*, &c.

2°. Ils en étoient chargés, quoiqu'elles ne leur euſſent pas été données entre les mains, mais à leur femme, enfans ou domeſtiques, en leur abſence & à leur inſçu.

§. Recipit. ead. l. & l. 2, ibid.

3°. Il ſuffiſoit même qu'il y eût preuve, qu'elles avoient été apportées dans l'hôtellerie pour en rendre reſponſable l'hôtelier quand elles y avoient été endommagées ou volées.

Quia is qui eos hujuſmodi officio præponit, committi eis permittit ib. & l. 7, debet. Exercitor omnium nautarum ſuorum, ſive liberi, ſive ſervi, factum præſtare tenetur nec immeritò, cùm ipſe eos ſuo periculo adhibuerit. Hoc edicto, omnimodò qui recepit, tenetur, etiam ſi ſine ejus culpâ res periit, vel damnum datum eſt, niſi ſi quid damno fatali contingit.

4°. Ils en étoient tenus auſſi, non ſeulement quand cela étoit arrivé par leur faute, par leur dol, ou par celui de leur femme, enfans, domeſtiques, ou autres demeurans actuellement avec eux, ou propoſés par eux pour recevoir les voyageurs; mais même, quoique le vol ou le dommage fût arrivé ſans leur faute, ſans aucun dol de leur part, & ſans le fait d'aucune des perſonnes dont ils étoient reſponſables : ils en étoient encore tenus, quand ils s'en étoient chargés, pourvu qu'il y eût preuve du dol ou du dommage, & qu'il ne fût pas arrivé par une force majeure, dont perſonne ne peut être tenu.

5°. Les loix avoient introduit pluſieurs actions dans tous ces cas pour les obliger à reſtituer les choſes perdues, & indemniſer celui à qui elles appartenoient; mais parce que cette matiere n'eſt pas de ce traité, il ſuffira de remarquer avec Eguinarius Baro, qu'il y a beaucoup d'apparence que l'édit du préteur, dont le titre *Naut. Dig.* nous rapporte une partie (qui eſt tiré d'Ulpien) en ces mots (Si ceux qui ſont les maîtres d'un navire, qui tiennent hôtelleries, ou qui tiennent des écuries ou étables publiques, ont pris quelque choſe en leur garde, je donnerai action contre eux, s'ils ne le reſtituent pas : *Nautæ, caupones, ſtabularii, quod cujuſque ſalvum fore receperint, niſi reſtituent, in eos judicium dabo.*) avoit encore une autre partie, telle qu'il eſt aiſé de la colliger des textes des

autres loix ſur ce titre: voici comme il conjecture qu'elle étoit conçue. S'il a été fait quelque vol, ou quelque dommage par ceux dont ſe ſervent les maîtres d'un navire, les hôteliers, & ceux qui tiennent les écuries ou étables publiques, dans les navires, dans l'hôtellerie, ou dans l'écurie ou étable publique, je donnerai action du double contre le maître du navire, l'hôtelier, ou celui qui tient des écuries ou étables publiques: *Si furtum factum, damnumve injuriâ datum ab iis quorum operâ & miniſterio nautæ, caupones, & ſtabularii, in nave, cauponâ & ſtabulo utuntur, eſſe dicetur; in factum in exercitores, caupones, & ſtabularios, in duplum judicium dabo.*

18. 1° Suivant nos mœurs, il eſt conſtant que l'hôtelier, le patron d'un navire, ceux qui tiennent des étables publiques, & tous ceux qui font de ſemblables commerces publics, & auxquels on a coutume de confier quelque choſe ſur la bonne foi publique, comme un foulon (pour ſe ſervir de l'exemple de la loi,) ſont tenus de garder ce qu'on leur confie, à leurs riſques, quoiqu'on ne les paye pas préciſément pour en avoir la garde: ainſi la préſomption eſt contre eux, ſi on les accuſe d'y avoir manqué; mais toutes les différentes actions du droit Romain ſont abolies parmi nous, auſſi-bien en pays de droit écrit qu'en pays coutumier; nous ne nous en avons réſervé que l'eſprit. *Lib. 5, ibid.*

19. Ainſi, quoique l'ordonnance de Moulins n'eût point parlé du dépôt dans les hôtelleries, on n'avoit pas laiſſé, même avant l'ordonnance de 1667, qui l'a excepté, d'admettre la preuve par témoins en ce cas. Louet lettre, D. n. 33, en rapporte un arrêt du 25 Octobre 1584, & telle étoit la juriſprudence par tout le royaume.

20. 2° On a jugé depuis, que la preuve par témoins n'eſt recevable que quand le fait qu'il s'agit de prouver, eſt arrivé entre un hôtelier & un voyageur. Par cette raiſon, l'habitant d'une ville qui avoit dépoſé entre les mains d'un hôtelier de la même ville, ſon ami, pluſieurs marchandiſes pour les lui garder, ſans en tirer aucune reconnoiſſance, fut déclaré non recevable à faire la preuve de ce dépôt; car rien ne l'avoit obligé de choiſir ce lieu pour y mettre ſes marchandiſes, & il devoit s'imputer

de les avoir miſes en un lieu où toutes ſortes de gens abordent ſans prendre aucune ſûreté. Chenu en rapporte l'arrêt du 21 Mai 1594, Cent. 1, queſt. derniere ; ce qui auroit lieu auſſi en pays de droit écrit. D'ailleurs on peut ajoûter que l'ordonnance de 1667, tit. 20, article 4, a décidé cette difficulté, quand elle reſtreint ſa diſpoſition au dépôt fait en logeant dans une hôtellerie ; ce qui marque évidemment qu'il faut que ce ſoit un paſſant & un voyageur qui ait fait ce dépôt entre les mains de l'hôte [*].

21. 3° Pour rendre l'hôte reſponſable des marchandiſes & hardes des voituriers ou voyageurs, ſelon nos mœurs, on a jugé qu'il n'étoit pas néceſſaire qu'elles lui ayent été données en garde, ni qu'il les ait vues, ou qu'il ſçache qu'elles ſont entrées dans ſon hôtellerie, mais qu'il ſuffit qu'il y ait preuve qu'elles y ayent été apportées [**]. Suivant cette maxime, on a condamné un hôtelier aux dommages & intérêts d'un voiturier volé chez lui, quoiqu'il y eût preuve au procès, que ce voiturier fût arrivé à deux heures après minuit, & que cet hôtelier ne l'eût point vu entrer, parce que ſa maiſon doit être ſûre & ouverte à toute heure, & qu'il eſt reſponſable de tout ce qui y eſt entré. Montholon, chap. 15, en rapporte un arrêt ſans date ; & le Veſt, un autre du 24 Août 1582, n. 172.

22. 4° On ne recevroit pas auſſi parmi nous la diſtinction des loix Romaines, dans le cas où le vol, ou dommage, ſeroit arrivé par le fait d'un autre voyageur ; auquel cas, en droit, l'hôte n'étoit pas reſponſable, ſi ce n'eſt qu'il ſe fût chargé expreſſément de la choſe, avant que le dommage fût arrivé.

23. Car les arrêts ont jugé que l'hôtelier étoit reſponſable, même quoiqu'il n'y eût aucune preuve du larcin commis par lui ou par ſes gens, pourvu qu'il y eût preuve du vol ou du dommage, comme dit M. le Preſtre, qui

[*] Pour la même raiſon, le dépot fait par un domicilié dans une auberge, n'eſt pas compris dans cette exception : car ce dépot ne peut etre regardé comme néceſſaire, ainſi qu'on doit le regarder à l'égard d'un voyageur qui loge dans une auberge en paſſant, & qui, par conſéquent, eſt obligé de ſe fier à l'hôte.

[**] Quand même il allégueroit qu'il loge gratuitement. Confer. des ord.

en rapporte deux arrêts, Cent. 1, n. 19 ; il n'y a que la force majeure exceptée, dont l'hôte n'eſt point reſponſable. L'arrêt qu'il cite en marge du 15 Mars 1608, dans l'eſpece d'un vol du meſſager d Angers, (qui en accuſoit un particulier qui logeoit à Paris dans la même hôtellerie depuis quatre mois,) par lequel les parties furent miſes hors de cour & de procès, ne doit pas être tiré à conſéquence pour induire que la diſpoſition des loix Romaines, qui vouloit que l'hôte fût reſponſable du fait de ceux qui logeoient chez lui, ne doit pas avoir lieu parmi nous ; car, outre qu'à Paris les auberges ſont ouvertes à tout le monde, & que ceux qui y logent, doivent être regardés comme des paſſans, c'eſt la faute de celui qui eſt volé, s'il ne donne pas ce qu'il y apporte, en garde à l'hôte, à cauſe du riſque qu'il y a dans l'abord continuel des gens inconnus.

24. Néanmoins, ſi un voyageur a pris l'argent d'un autre voyageur dans ſa bourſe, étant couché avec lui dans la même chambre d'une hôtellerie, & qu'il ſoit échappé, ſans que celui qui a été volé, s'en ſoit apperçu ſur le champ, l'hôte n'en peut être reſponſable ; car il n'a pu être garant du vol d'une choſe qui a été apportée chez lui, ſans qu'il ait pu en avoir aucune connoiſſance, ni y remédier, n'ayant pas été averti aſſez-tôt. Ainſi, quand la preuve par témoins de ce prétendu vol ſeroit reçue en ce cas, il faudroit qu'on accuſât l'hôte d'être complice du vol, pour l'en rendre reſponſable, parce que la bonne foi publique n'eſt point offenſée en cette occaſion ; & d'ailleurs il ne faut pas ouvrir la voie aux fraudes qu'on pourroit faire aux hôteliers, ſi cela étoit permis. La loi peut bien être dure à leur égard, & les obliger à une fidélité extraordinaire ; mais elle ne peut jamais être injuſte à l'égard de perſonne.

25. 5° Si l'hôtelier a donné une chambre ou un coffre au voyageur pour ſerrer ſon argent ou ſes hardes, il en eſt reſponſable, ſur-tout ſi le vol a été fait ſans effraction, parce que l'on préſume qu'il a une fauſſe clef, ou qu'il s'eſt ſervi de quelqu'autre mauvais artifice pour commettre ce vol ; & la preuve de ce fait eſt admiſſible par témoins, parce que cette ſorte de dépôt ſe fait toujours

ſans acte par écrit. Le Journal des audiences, l. 8, T. 1, chap. 2, en rapporte un arrêt; mais il n'eſt pas déciſif. On avoit trouvé que la femme de l'hôte avoit deux clefs qui ouvroient la porte de la chambre où étoit le voyageur.

26. 6° L'hôte eſt tenu auſſi du vol ou dommage, ſi le vol a été fait par ſes domeſtiques, ſes enfans, voyageurs ou autres gens logés dans ſon hôtellerie, du fait deſquels il eſt reſponſable, *quia id onus in ſe recepit*, dit M. Cujas ci-deſſus. M. le Preſtre, Cent. 1, ch. 19, en rapporte un arrêt rendu, *conſultis claſſibus*; & Maynard, l. 8, chap. 82, en rapporte un autre du parlement de Toulouſe; ce qui marque la conformité de la juriſprudence du pays de droit écrit, avec celle du pays coutumier ſur ce ſujet.

27. 7° Si l'hôte n'a point voulu ſe charger des hardes ou de l'argent du voyageur, & qu'il l'ait averti de ſe tenir ſur ſes gardes, avant qu'il entrât dans ſa maiſon, la loi dit *prædixerint*, l'hôte doit avoir la permiſſion de faire preuve par témoins, qu'il n'a pas voulu ſe charger du dépôt, parce qu'en ce cas il n'a point contracté avec le voyageur, *ex recepto*, ni *ex maleficio*, comme dit la loi, & que le voyageur averti a pu aller loger ailleurs; du moins il a dû veiller lui-même.

28. Néanmoins cette maxime ne doit pas être reçue indiſtinctement; car, ſuppoſé que ce fût une hôtellerie ſituée au milieu d'un grand chemin, éloignée d'une diſtance conſidérable de toute autre habitation, ou ſans portes & ſans fenêtres, ce pourroit être une fraude manifeſte de la part de l'hôte, d'avertir le voyageur de ſe tenir ſur ſes gardes, ou de paſſer outre, quand il ne lui eſt plus poſſible de le faire; & en ce cas, quoique le vol eût été fait même avec effraction & à force ouverte, l'hôte en ſeroit tenu; car cette violence, commiſe par gens affidés & ſuſpects, n'eſt pas ce que la loi entend par force majeure, qui eſt un cas imprévu, lequel celui à qui il arrive, n'a pu empêcher.

Que ſi les domeſtiques de l'hôte l'ont effectivement volé lui-même, auſſi bien que les hardes des voyageurs qui y étoient logés, cela dépend des circonſtances; mais

c'eſt à l'hôte à prouver qu'il n'eſt point complice, la préſomption étant toujours contre lui, & à plus forte raiſon, s'il eſt chargé de la garde des choſes qui ont été volées à ces voyageurs. Joan. Grivellus, *Dec. Dolan.* 49, fait diſtinction du vol ſimple & ſans violence, & de celui fait par force majeure, dont il n'eſt tenu, & en rapporte arrêt du parlement de Dole du 6 Avril 1591; mais il n'y a point de doute que la preuve par témoins ne fût admiſſible auſſi contre l'hôte, ſi l'hôtellerie étoit en réputation d'être ſujette à pareils vols, de même que l'hôte eſt ſuſpect, comme il a été dit, s'il tient une maiſon éloignée de tout ſecours & ſans défenſe, ouverte aux paſſans; la bonne foi publique voulant, au contraire, qu'elle ſoit d'autant plus ſûre qu'elle eſt dans un lieu expoſé aux voleurs. Que ſi elle n'eſt pas ſûre, il ne doit y recevoir perſonne; joint que, ſi la moindre négligence lui eſt même imputée, à plus forte raiſon, celle qui approche du dol, comme ſeroit celle dont il s'agit. Matthæus, *de Probat. cap.* 2, *n.* 68, cite Anſelmo ſur les ordonnances de Brabant, an. 1628, *Cod. Belg. ver. Herbergen*, §. 24, lequel après avoir dit avec raiſon, que l'hôtelier ne doit pas recevoir des voleurs & des aſſaſſins dans ſon hôtellerie, ajoûte que, comme la préſomption commune eſt qu'ils ne laiſſent pas d'y en recevoir, il leur a été défendu en Flandres d'y tenir des hôtelleries dans des lieux écartés, parce qu'il eſt preſque impoſſible qu'ils puiſſent empêcher en ce cas, que les voleurs ne s'en emparent, & qu'ils n'y volent les paſſans, même malgré eux.

29. Au reſte, c'eſt au voyageur à prouver que le vol lui a été fait dans l'hôtellerie, & la valeur de ce qui lui a été volé; & s'il n'a point de preuve de ce à quoi il peut monter, le juge peut lui déférer le ſerment *in litem*, juſqu'à une certaine ſomme, ſuivant qu'il jugera à propos, par les circonſtances; & tel eſt l'uſage en ce cas, ainſi que M. le Preſtre, chap. 19, C. 1, l'a remarqué. Et dans l'arrêt du Journal des audiences, l. 8, chap. 2, cideſſus cité, on déféra le ſerment au voyageur juſqu'à cinq cens livres: au reſte, contre ce ſerment la preuve par témoins du contraire n'eſt pas reçue, [*] parce que ce ſe-

[*] La preuve par témoins ne peut pas être admiſe contre le ſerment *in*

roit revenir contre l'autorité de choſes jugées : *Res autem judicata, pro veritate habetur* [*].

30. Que ſi c'eſt un meſſager, dont les marchandiſes & paquets ayent été volés, il peut repréſenter ſon livre ; & il doit y être ajoûté foi, s'il eſt en bonne forme, en affirmant par lui, qu'il les a apportés dans l'hôtellerie, & qu'il ne les a point déchargés ailleurs avant d'y arriver, ſauf néanmoins la preuve du contraire par l'hôtelier, qui ne lui peut être refuſée.

31. Et quant aux marchandiſes en ballots, & hardes en paquets qu'on n'a point déclarées au meſſager en détail, mais dont on a ſeulement chargé ſon livre, l'hôtelier doit indemniſer le meſſager, envers ceux à qui elles appartiennent ; & ils peuvent, en exerçant les actions du meſſager (qui, en ce cas, eſt regardé comme voyageur) prouver la valeur par témoins. Que ſi l'hôte ſoutient qu'ils ſont en faute de n'avoir pas pris leurs ſûretés en chargeant le regiſtre du meſſager, par le menu de tout ce qui étoit dans les ballots, l'ayant pu faire, on peut répondre que l'uſage eſt au contraire, & qu'il n'eſt pas même poſſible ni à propos de charger le regiſtre du meſſager du détail de ce qu'on lui donne à porter [**] ; outre qu'il faut le regarder comme un dépoſitaire néceſſaire qu'on ne

litem ; mais la raiſon que Danty en apporte, n'eſt pas la véritable ; car ſi le ſerment *in litem* tiroit ſon autorité de ce que, *res judicata pro veritate habetur*, il s'enſuivroit que non-ſeulement la preuve par témoins, mais même la preuve par écrit ne pourroit être admiſe contre ce ſerment : telle eſt, comme on ſçait, la force de la choſe jugée. Or il eſt faux que la preuve par écrit ne puiſſe pas être admiſe contre le ſerment *in litem*. Le ſerment *in litem* eſt une eſpece de ſerment judiciaire, & qui eſt déféré par le juge ; mais Danty lui-même nous a fait voir ci-deſſus, que lorſque le ſerment a été déféré par le juge à une partie, l'autre partie eſt reçue à prouver le contraire, parce que ce n'eſt pas elle qui a déféré le ſerment, mais qu'il a été déféré malgré elle, & par l'autorité du juge. Il faut donc dire que la preuve par témoins ne peut être reçue contre le ſerment *in litem*, parce que le ſerment eſt un acte ſolemnel qui ne peut être détruit par une preuve auſſi légère, & auſſi ſuſpecte que celle par témoins. Voyez les principes que nous avons établi à la note du n° 22 des addit. ſur le ch. 1.

[*] L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 4, porte que « la preuve par témoins du dépôt fait dans une hôtellerie, pourra être ordonnée par le juge, ſuivant la qualité des perſonnes, & les circonſtances du fait ; » c'eſt-à-dire, lorſqu'il y a des commencemens de preuve, ou des circonſtances qui doivent la faire admettre, dit M. Jouſſe. Il doit agir en cela avec une grande prudence & beaucoup de circonſpection ; & il ſeroit très-dangereux d'en faire une loi générale, parce que ſi la preuve par témoins étoit reçue indifféremment pour dépôts faits dans les hôtelleries entre les mains des hôtes, il dépendroit de la foi de deux témoins corrompus de ruiner un hôte.

[**] *Voyez* ci-deſſous la note du p. 34.

choisit point, la bonne foi publique doit suppléer à cette précaution, qui ne doit avoir lieu qu'à l'égard du dépositaire volontaire.

32. Si c'est un simple voiturier qui ait été volé dans l'hôtellerie, il peut aussi être reçu à la preuve par témoins de ce qui lui a été volé, & de la valeur; & s'il a une lettre de voiture, elle peut servir de commencement de preuve par écrit, & même de preuve complette, si elle est représentée sur le champ, & qu'il n'y ait point de suspicion de fraude. Ce qui doit néanmoins toujours dépendre de la prudence du juge & des circonstances.

33. On peut demander, à cette occasion, si les simples voituriers doivent être regardés comme des dépositaires nécessaires, ou comme des dépositaires volontaires, desquels, si cela est, on doit par conséquent prendre une reconnoissance par écrit, pour les rendre garans de ce dont on les a chargés, suivant l'esprit de l'ordonnance; & quoiqu'il soit vrai qu'on puisse choisir plutôt l'un que l'autre, & qu'ils n'ayent aucun caractere public de messager, l'usage est pourtant de ne les point charger par écrit de ce qu'on leur donne à voiturer. Ils sont dépositaires nécessaires, du moins en ce qu'on ne peut se passer d'eux, & que d'ailleurs le choix entre gens de cette qualité, est toujours périlleux, parce que la probité y est rare, & que ce sont des mercénaires, tous également insolvables [*]. Enfin ce seroit autoriser leur mauvaise foi de refuser la preuve par témoins à celui qui leur a confié quelque chose [**], aussi du Fresne, l. 8, chap. 31, rapporte un arrêt, qui admit la preuve par témoins au sujet d'un ballot dont un voiturier dénioit avoir été chargé, quoique la valeur de ce ballot excédât la somme de cent livres [***].

34. Au contraire, les messagers & maîtres de coches par eau ou par terre, sont des dépositaires publics & nécessaires, dont on est obligé de se servir, sans qu'il soit permis de les choisir. Aussi l'édit de 1576 les oblige de tenir des registres fidèles des choses dont on les charge;

[*] L'ignorance de ces sortes de gens empêche qu'on ne puisse leur faire faire un reçu.

[**] Par la même raison, le juge ne doit pas facilement s'en rapporter à leur serment.

[***] On prétend qu'au châtelet la preuve n'est pas admise en ce cas; elle l'est aux juges-consuls.

d'avoir des bureaux ſûrs pour les garder. Ils ſont garans auſſi de la perte ou vols qui arrivent ſur les chemins, de nuit, leur étant enjoint de n'aller qu'entre deux ſoleils [*], & de ſuivre les routes ordinaires, s'il n'y a raiſon de les changer; mais cet édit les décharge des vols & larcins faits en plein jour & ſur les grands chemins, parce qu'il ſeroit injuſte de les rendre reſponſables de ce dont perſonne ne doit répondre, qui eſt la force majeure. L'édit du 25 Mai 1635, rapporté au livre 12, Conférence des ordonnances, T. 16, leur ordonne auſſi de tenir bon & fidèle regiſtre, ſans qu'il ſoit loiſible au commis de prendre connoiſſance des choſes qui ſeront contenues ès balles, ballots, tonnes, caiſſes & paquets [**], mais ſeulement du poids, des noms des perſonnes & marchands qui les conſigneront, & de l'adreſſe qu'ils en feront. Ainſi, s'il arrive perte par leur faute, on doit déférer le ſerment *in litem* au propriétaire, & la preuve par témoins a lieu en ce cas; mais la preuve par témoins n'eſt pas reçue contre eux, à l'effet de prouver qu'on les a chargés de quelque choſe verbalement, parce qu'ils ont des regiſtres publics, leſquels, en les repréſentant par eux, font foi en leur faveur, auſſi-bien que contre eux. Enfin tout le monde ſçait qu'ils ne ſont pas reſponſables de la perte de l'argent que l'on auroit mis dans une lettre ou dans un

[*] *Voyez* ſur cela Mornac & Chenu.

[**] Une ſentence rendue au châtelet, en forme de réglement, le 18 Juin 1681, publiée & affichée le 5 Juillet ſuivant, ordonne « que tous ceux qui » chargeront les meſſagers, les rou- » liers, maîtres des coches & carroſſes, » de valiſes, coffres, & autres choſes » fermées à clef, & ne feront point » ſur leur regiſtre la déclaration des » choſes qui ſont en icelles, ne pourront » demander pour la valeur des choſes » qui ſont dans leſdites valiſes ou coffres, » non déclarées ſur le regiſtre ou feuille, » plus que la ſomme de 150 liv. lorſ- » qu'elles ſeront perdues par la négli- » gence des voituriers & ſans fraude, » en affirmant par ceux qui réclameront » les coffres & valiſes, que les choſes » qui ſont en icelles, valoient ladite » ſomme de 150 liv. ſauf à ceux qui fe- » ront les envois de choſes de plus grande » valeur, à les ſpecifier ſur le regiſtre » ou feuille; auquel cas, les maîtres des » coches, carroſſes & meſſageries ſe- » ront tenus de rendre la juſte valeur » des choſes qui manqueront. »

Mais cette juriſprudence, qui pourroit favoriſer les fraudes des meſſagers, n'eſt point ſuivie; & Denizart cite pluſieurs arrêts qui, ſans avoir égard à ce réglement, ont condamné les voituriers qui avoient perdu des valiſes qui leur avoient été confiées, à payer pour leur valeur, ſelon l'affirmation des propriétaires, des ſommes beaucoup plus conſidérables que celle de 150 livres, quoique ces propriétaires n'euſſent point fait ſur les regiſtres la déclaration de ce que contenoient ces valiſes. Denizart, *verbo* MESSAGERS.

paquet, ſi on n'en a point chargé leur regiſtre ; ce qui s'entend néanmoins, ſi, à l'égard des paquets, après qu'ils ont été chargés ſur leur livre, ils ne ſe trouvent point avoir été ouverts par fraude ; car il dépend, en ce cas, de la prudence du juge d'admettre la preuve par témoins, comme d'un dol manifeſte.

CHAPITRE IV.

Du Mariage.

SOMMAIRE.

1. *Diſtinction entre le mariage & les conventions du mariage.*
2. *Si les mariages contractés entre les perſonnes ruſtiques, ſont valables, quoiqu'il n'y en ait point d'acte par écrit. Et ſi la preuve par témoins doit être reçue, en général, de la célébration du mariage.*
3. *Diſtinction ſur ce ſujet. Trois eſpeces de mariage, qu'on peut appeller publics.*
4. *Eſpece ſur ce ſujet.*
5. *Nulle apparence que Charles IX ait voulu comprendre le mariage dans l'ordonnance de Moulins.*

1. LE ſecond contrat, qui peut faire difficulté pour ſçavoir s'il eſt ſujet à l'ordonnance, eſt le contrat de de mariage, & on peut y conſidérer deux choſes ; ce qui regarde la promeſſe réciproque du mariage, & les conventions matrimoniales. Nous parlerons d'abord de ce qui concerne la promeſſe de mariage, parce que c'eſt ce qui fait la plus grande difficulté ; car il a été ſouvent

---

1. SECUNDUS contractus, de quo dubitatur, an huic legi ſubjiciatur, eſt matrimonium, in quo eſt duplex conſideratio : una eſt de ſimplici fœdere matrimonii : altera de pactis conventis circà matrimonium. Et inprimis, de ſimplici fœdere diſputabimus ; nam in eo majus

célébré des mariages, & il s'en fait encore tous les jours, ſans aucun contrat, particuliérement entre les gens de la campagne, qui ſe marient d'ordinaire avec leurs droits; & après avoir fait leurs conventions verbalement devant un prêtre ou devant leur curé, il les fiance, en mémoire de quoi ils ſe donnent des coups de poing & des ſoufflets, comme on avoit coutume autrefois d'en donner dans les émancipations, ce qu'on appelloit *raphiſmata*. Si donc il arrive que, parce qu'il n'y a eu aucun acte par écrit, on ne puiſſe prouver qu'il y a eu des fiançailles & des promeſſes de mariage, & que l'on ſoutienne que cette ordonnance doit avoir lieu en ce cas, à la rigueur, combien s'enſuivra-t-il d'inconvéniens? Car une infinité de jeunes filles, particuliérement celles de la campagne, pourront être trompées par ce moyen; & ce ſera une occaſion pour rompre pluſieurs mariages contractés même par paroles de préſent, & expoſer les ames au péril de leur ſalut; ce que les canons ont toujours eu grand ſoin d'éviter.

2. C'eſt pourquoi il ſemble qu'il ſeroit injuſte de reſtreindre de telle ſorte la preuve des mariages, qu'ils ne ſe puſſent prouver que par écrit; car c'eſt le conſentement qui fait le mariage, ſuivant ce que dit la loi civile, & non pas la cohabitation. Auſſi les canons décident que quand le mariage eſt une fois contracté, quoiqu'il n'y ait

---

dubium verſatur: pluriès enim celebratum fuit, & adhuc celebratur, ſine ſcriptis, & maximè inter ruſticos; qui, cum ſuis juribus plerumque nubere ſolent, & pactis verbalitèr tantùm adhibitis coram presbytero, vel parocho ſponſalia contrahunt, pugnis & alapis in memoriam, ſe mutuò percutientes, prout olim in emancipationibus fiebant Raphiſmata. *a* Si ergo ob defectum ſcripturæ, hæc ſponſalia fœderaque matrimonialia probari non poſſint, & huic legi exactè hæc ſubjiciantur, quot, quantaque mala ex his evenient? Nam infinitæ juvenculæ potiſſimùm ruſticæ, hinc capi & decipi poterunt, infinitaque matrimonia, etiam verbis de præſenti contracta, dirimi vel deturbari, multaque animæ pericula experiri, quæ canones antiqui ſemper vitare curaverunt.

2. *b* Quocircà iniquum videretur ſi matrimoniorum probationes adeò coarctarentur, ut nonniſi ſcriptis fieri poſſent. Nuptias enim conſenſus non concubitus facit, ait lex civilis: *c* lex etiam canonica tantam vim habere matrimonium aſſerit, ut nudâ quâcunque voluntate à quolibet

a *Notatur in l. fin. C. de emancip. lib. & in Auth. conſtit. quadign. & Ep. coll. 6, & ibi Accurſ.*

b *Can. Ille 22, quæſt. 5, Can. Si habes 24, quæſt. 4.*

c *L. Nuptias, de reg. l.*

eu

eu que le ſimple conſentement des parties, & qu'il ait été fait à l'inſçu & en l'abſence des pere & mere; néanmoins ſi les perſonnes étoient en âge de ſe marier, il ne peut être caſſé. Au contraire on pourroit dire, en faveur de cette ordonnance, que le contrat de mariage eſt le plus authentique & le plus important de tous les contrats qui ſe paſſent entre les hommes; qu'il ne ſe fait jamais qu'après une ſérieuſe réflexion, & qu'il ne s'y agit pas d'une choſe qui paſſe en un inſtant; mais de ce que la loi appelle la Société des choſes divines & humaines, qui doit durer autant que la vie. C'eſt pourquoi, comme il s'agit d'une choſe très ſérieuſe & de la derniere conſequence, & qu'on ne manque point de notaire en quelque lieu que ce ſoit, il faut imputer à ceux qui le contractent, s'ils ont négligé d'en paſſer un acte par écrit, & s'ils ont mépriſé de contracter ſuivant la forme que la loi leur avoit preſcrite, puiſqu'ils ne peuvent pas dire qu'ils n'ayent pas eu le tems de faire un contrat, parce que dans une affaire de cette qualité, toutes les perſonnes ſages conviennent qu'on y doit penſer trois ou quatre fois: d'ailleurs, y ayant d'ordinaire dans chaque mariage des conventions particulieres, par leſquelles on pourvoit à la conſervation des biens dans les familles, il ne ſeroit pas raiſonnable de s'en fier à la mémoire des contractans, parce que le ſouvenir s'en peut effacer aiſément, & que la vie des hommes eſt courte. De plus la ſubornation & la corruption des témoins (que la loi a voulu éviter) paroît d'autant plus à

---

capaci, etiam remotis parentibus, contractum, diſſolvi non poſſit. *a* In contrarium autem pro hâc lege allegari poterat celeberrimum eſſe matrimonii contractum inter homines, nec unquam incogitatum fieri ſolere, nec de re momentaneâ, ſed de perpetuâ divinæ & humanæ domûs ſocietate. *b* Ideòque cùm de re ſeriâ ac celebri agatur, & tabellionum copia ubique locorum ſemper abundet, imputandum erit contrahentibus, ſi formam ſcribendi neglexerint, & ſecundùm legem non contraxerint: *c* cùm nulla poſſit dari præcipitationis occaſio, imò de tali negotio inter ſapientes ter quaterque cogitandum, ab omnibus ſemper jactetur. Et cùm multa variaque pacta in matrimoniis, ut plurimùm, interveniant, quæ ad perpetuam familiarum conſervationem fieri ſolent, hæc tam ardua, ſoli hominum memoriæ committere, indignum videretur, cùm & ipſa memoria labilis ſit, *d* & hominum vita brevis. *e* Præterea, teſtium ſubornatio & corruptio, (quibus ut obviàm iretur

a *Cap. tanta vis. extr. qui filii ſint legit.*

b *L.* 1, *ff. de Rit. nupt.* §. 1, *Inſt. de pat. poteſt.*

c *L. Si quando C. de Inteſt. l. Nemo de Leg.* 1.

d *L. Peregrè, ff. de acquir. poſſeſſ.*

e *L. ut inter*

craindre en cette rencontre, que le contrat de mariage eſt plus indiſſoluble que tous les autres contrats : c'eſt pourquoi perſonne ne doute que l'on ne doive y prendre plus de précaution ; car ſi l'on y admet la preuve par témoins, il n'y a perſonne, quelque pauvre qu'il ſoit, qui, en ſubornant deux faux témoins, ne ſoit en état de ſe donner pour femme la fille la plus riche, & au contraire.

3. Par ces raiſons & pluſieurs autres, il ſembleroit que cette ordonnance devroit être obſervée plus étroitement dans les cas du mariage que dans tout autre contrat ; & j'ai connu pluſieurs perſonnes habiles qui étoient de ce ſentiment, & non pas ſans raiſon. Pour moi, je crois que, pour la déciſion de cette queſtion, il faut diſtinguer ainſi ; car ou il s'agit de la ſeule promeſſe de mariage faite publiquement ou clandeſtinement. Nous parlerons premiérement de celle faite publiquement. Par exemple, Caïus, en préſence & du conſentement de ſes parens & amis, promet de prendre Caïa pour ſa femme, & Caïa promet de ſon côté de prendre Caïus pour ſon époux par paroles de futur, ou par paroles de préſent, conçues de telle ſorte qu'elles emportent obligation réciproque entr'eux de s'épouſer, comme il ſe pratiquoit autrefois, en uſant de ces mots : *Je vous ſerai Caïus, & vous me ſerez Caïa* ; ou bien le mariage a été fait publiquement par le curé ; ou au défaut de tout cela, Caïus a tenu Caïa chez lui en

---

C. de ſacroſ. Eccleſ. hæc lex ſancita fuit) tantò periculoſior videtur in hoc negotio, quantò majorem præ ſe fert obligationem, & ligamentum : ergo cautiùs hìc agendum nemo dubitat. *a* Nam ſi teſtium probationem admittat, nemo eſt quantumcunque pauper qui, ſubornatis duobus teſtibus, ditiſſimam puellam non faciat ſibi uxorem, & è contra.

a Cap. Ubi majus, extr. de Election.

3. His rationibus, aliiſque plurimis, videretur hanc conſtitutionem regiam in matrimoniorum fide magis ſervandam eſſe, quàm in cæteris quibuſlibet contradictibus, & ita à quibuſdam viris doctis non abſque ratione vidi firmari. Ego verò pro hâc quæſtione decidendâ puto ità diſtinguendum fore : Aut enim agitur de mero & ſimplici fœdere matrimonii publicè facto, vel de clandeſtino. Primò, de publico dicemus, ut cùm Caïus aliquis promittit præſentibus & conſentientibus parentibus & vicinis, accipere Caïam in uxorem, per verba de futuro, vel per verba præſentia accipit in uxorem ; & è contra, Caïa idem ſpondet Caio : adeò ut colligi poſſit ex iis verbis mutuam inter eos nuptiarum obliga-

qualité de ſon épouſe, ne faiſant qu'un lit avec elle, au vu & ſçu de ſes voiſins, (car j'appelle mariage public celui qui eſt fait de l'une de ces trois manieres.) Certes, dans ces cas-là, j'eſtimerois que la promeſſe de mariage peut & doit être prouvée par témoins, & qu'elle ne doit point être ſujette à cette ordonnance par pluſieurs raiſons.

La premiere, parce que le mariage eſt entiérement de droit divin, puiſque c'eſt Dieu ſeul qui l'a inſtitué, & que c'eſt lui qui en eſt le protecteur, & par conſéquent il ne paroît pas que la loi humaine ait aucune part dans ſon inſtitution; par conſéquent, puiſque le mariage eſt de droit divin, il paroît abſurde de l'aſſujettir à une loi profane & humaine; & il eſt encore plus indigne, qu'au cas que la preuve par témoins, nouvellement introduite par cette ordonnance, vienne à manquer, on ſoit obligé de révoquer en doute cette conjonction établie par le droit divin entre le mari & la femme, ſous prétexte que le mariage n'a été contracté qu'en préſence de témoins, & que parce qu'il n'y a point eu d'écrit paſſé, l'obligation du mariage qui eſt ſacré & inviolable, ne ſubſiſte plus; c'eſt pourquoi il faut demeurer d'accord que la loi des hommes ne doit pas entreprendre ſur la loi de Dieu, ni au contraire; car, comme dit le poëte : L'empire des Dieux & celui de Céſar n'ont rien de commun.

---

tionem eſſe, prout antiquitùs hæc erant nubendi verba : *a* Ego tibi Caïus, & tu mihi Caïa; vel coram paſtore eccleſiaſtico publicè deſponſavit; vel his ceſſantibus, publicè tenuit eam, & aluit in uxorem, vicinis ſcientibus, ſequutâ copulâ carnali (nam altero de his tribus modis voco matrimonium publicum.) Certè in his caſibus, putarem hoc fœdus non ſcriptum, etiam teſtibus probari poſſe ac debere, nec huic conſtitutioni ſubjiciendum eſſe his rationibus.

a *Plutarch. in Legib. connub. Xenoph. in Œcon.*

Primâ, quod nuptiæ juris ſunt omninò divini, cùm ab ipſo ſolo Deo inſtitutæ videantur, *b* & quarum ſolus Deus eſt cuſtos, & defenſor : *c* Ideoque nihil humani juris videtur eſſe in hujuſce nuptiarum vel matrimonii introductione. Cùm ergo mera ſit lex divina, incongruum videretur ſi lege humanâ coarctari poſſet; & adhuc indigniùs, ſi deficiente humanâ probatione, ab hac lege regiâ recèns introductâ, illa divina conjunctio in dubium revocanda eſſet, eo prætextu quòd teſtibus tantùm præſentibus inita eſſet; & ob defectum ſcripturæ omninò deficeret ſanctiſſima & firmiſſima matrimonii obligatio. Quocirca lex principis humani in legem Numinis uſurpare non poteſt, nec è contra : *d Diviſum enim imperium cum Jove Cæſar habet.*

b *Can. Sicut* 32, *quæſt.* 2; *& Canon. Omne*, 27, *quæſt. ſecundâ.*

c. *Can. Nemo*, 32, *quæſt. quartâ.*

d *Cap. Novit, extr. de Judiciis.*

La ſeconde raiſon eſt que la queſtion du mariage a coutume d'être portée devant le juge d'égliſe, & d'y être jugée ſuivant les canons, comme cela a été obſervé juſqu'à préſent en ce royaume, en telle ſorte que les cauſes de mariage ne ſe décident que par les canons. Or eſt-il que, ſuivant les canons, & les déciſions des juges eccléſiaſtiques, le mariage eſt mis au nombre des Sacremens, & c'eſt par cette ſeule raiſon que l'égliſe a toujours été en poſſeſſion d'en connoître; car qu'y auroit-il, je vous prie, de plus abſurde, s'il falloit de néceſſité ſe ſervir d'actes par écrit, & du miniſtere d'un notaire pour contracter un mariage qui eſt un Sacrement? Certainement ce ſeroit ne pas déférer, comme on doit, à la diſcipline de l'égliſe, & manquer de reſpect pour la religion Chrétienne, ſurtout dans le mariage, dont les ſolemnités ſe célebrent en face de l'égliſe, ſuivant l'ancienne coutume qu'elle a toujours obſervée, à laquelle il ſeroit auſſi indigne que ſuperflu d'ajoûter encore celle de la préſence des notaires, le témoignage & l'autorité de l'égliſe, ſuffiſant en ce cas; d'autant plus que la publication des bans, qui a coutume de précéder, rend le mariage qui eſt contracté enſuite notoire à tout le monde. C'eſt pourquoi j'eſtime que cette ordonnance n'a point lieu dans cette occaſion, parce que

---

Secundâ, quòd hæc cauſa matrimonialis in foro eccleſiaſtico diſceptari ſolet, & ſecundùm canones eccleſiaſticos decidi & judicari prout in hoc regno hucuſque uſurpatum fuit, ità ut nec alio jure quàm canonico recipi ſoleat cauſæ iſtius dijudicatio: atqui canones & magiſtratus eccleſiaſtici pro ſuis ritibus & religione matrimonium inter Sacramentalia referunt. *a* Et hac ſolâ ratione judices eccleſiaſtici hujus cauſæ cognitionem ſemper ſibi vindicârunt. *b* Sed quæſo, quid abſurdius eſſet, ſi id quod à judicibus eccleſiaſticis Sacramentum eſſe contenditur, ſeu res ſacramentalis vel myſtica, nonniſi ſcriptis & tabellionibus adhibitis conficere liceret? Illud certè politiæ eccleſiaſticæ & pietati Chriſtianæ derogaret nimis, & maximè in fœdere iſto matrimoniali, cujus exequutio & ſolemnitas palàm & in facie eccleſiæ celebrari conſuevit, *c* ex ſanctiſſimo antiquiſſimoque eccleſiæ ritu; cui notarios adhibere tam indignum quàm ſuperfluum videretur, ac ſatis ſuperque ſufficiat eccleſiæ publica facies & authoritas, *d* maximè quòd præcedere ſoleant denuntiationes publicæ, *e* quibus notorium fit omnibus matrimonium. Igitur hanc legem regum in tam celebri & notorio negotio locum non habere cen-

a *Dict. Can. Omne.*

b *Cap. Licet, cap. 3, loco de Prob. Cap. Cauſam Qui filii ſint legit. extr.*

c *Cap. Cùm inter qui filii ſint leg. Cap. Cùm inhibitio de cland. deſp. extr.*

d *Cap. ex tenore qui fil.*

e *Dict. cap. Cùm inhibitio.*

le motif de cette loi, qui eſt d'éviter la ſubornation des témoins, ceſſe en cette rencontre ; car il paroît impoſſible que la foi de toute l'aſſemblée des fidèles qui compoſent l'égliſe, & qui eſt témoin du mariage, puiſſe être corrompue : donc puiſque la raiſon de la loi ceſſe, la loi ne doit point auſſi avoir lieu.

La troiſieme raiſon eſt que, ſuivant le droit canon, reçu en ce royaume, tout jugement rendu contre le fait d'un mariage, ne paſſe jamais en force de choſe jugée ; ce qui pourroit paroître ſingulier d'abord, n'y ayant point de maxime plus ſouvent répétée en droit, qu'une choſe jugée doit paſſer pour une vérité, & qu'une ſentence a la force de rendre blanc ce qui eſt noir, & noir ce qui eſt blanc ; ce qui n'a pas lieu néanmoins dans le cas d'un mariage qui a été dénié, quand il y a eu une ſentence qui a jugé le contraire ; car, quoiqu'il ſoit intervenu pluſieurs ſentences qui aient jugé qu'il n'y avoit point de mariage, ſur le fondement qu'il n'y en avoit point de preuve, & que même cela ait été jugé ainſi par trois ſentences conſécutives ; néanmoins s'il ſurvient enſuite une preuve entiere & parfaite, ſoit par témoins ou par écrit, de la vérité du mariage, en ce cas on rentre de nouveau en connoiſſance de cauſe : & même quand le ſerment auroit été déféré avec toute la ſolemnité poſſible, & qu'il y auroit eu une ſentence conforme, qui auroit jugé en conſéquence qu'il n'y avoit point de mariage, quoiqu'il ſemble que ce ſerment ne ſe puiſſe rétracter, & qu'il faut

---

ſeo, cùm legis deficiat hìc ratio, ſcilicet timor ſubornandorum teſtium : impoſſibile enim videtur, totam eccleſiam, hujus ſacri fœderis teſtem, corrumpi poſſe ; ceſſante ergo legis ratione, ceſſare lex ipſa videtur. *a*

Tertia ratio eſt, quòd judicium in cauſâ matrimoniali latum, ſi contra matrimonium datum fuerit, nunquam tranſit in rem judicatam, ex jure canonum, *b* in hoc regno paſſim recepto. Quod certè mirum videri poſſet, cùm in jure paſſim clametur, rem judicatam pro veritate haberi ; *c* & ſententiam de albo nigrum, & de nigro album facere : quod tamen fallere videtur in matrimonio, quoties contra matrimonium denegatum, judicatum fuerit. Nam ſi ſæpiùs judicatum fuerit matrimonium non eſſe, quia fortè deficit probatio, imò ter judicatum fuerit, ità ut non ampliùs de jure appellare liceret, *d* tamen ſi ſuperveniat pro matrimonio integra & perfecta probatio, vel teſtibus, vel inſtrumentis,

a *Cap. Cùm ceſſante. de Reg. jur. in 6 L. quod dictum, ff. de Pact.*

b *Cap. lator præſentium extr. de Sent. & re judic.*

c *L. Res judicata. de Reg. jur.*

d *Tit. Cod. Matertio provoc. lic.*

en laiſſer la vengeance à Dieu quand il n'eſt pas conforme à la vérité ; néanmoins quand il ſurvient des preuves, j'entends des preuves entieres & inconteſtables, on na plus d'égard à ce qui a été jugé d'abord, & l'appel en eſt toujours reçu, & tel eſt l'uſage en ce pays.

4. Et il a été jugé ainſi au palais épiſcopal de cette ville de Poitiers, comme je l'ai appris de M. de Reys, célebre & ancien avocat de ce préſidial, qui faiſoit pour lors la fonction de juge eccléſiaſtique dans une cauſe de mariage entre un gentilhomme & une demoiſelle ; car la femme qui étoit noble, affirmoit que ce gentilhomme lui avoit promis mariage par parole de préſent, ce qui avoit été ſuivi de la conſommation : ce gentilhomme le dénioit ; & comme cette femme n'avoit ni témoins ni acte par écrit, elle lui déféra le ſerment ; ce qu'il accepta, & jura publiquement & en face d'égliſe, que ce fait n'etoit pas véritable, & en conſéquence de ce ſerment il fut renvoyé abſous. Quelque tems après, il ſurvint des témoins irréprochables de ce mariage ; ce qui donna occaſion à cette femme de demander à être admiſe à la preuve, nonobſtant le ſerment prêté & la ſentence. Le gentilhomme

---

a *Cap. conſanguinei, extr. de Sentent. & re judic.*

b *L. 2, C. de Reb. cred. & jure-jur.*

tunc ſemper admittitur nova cauſæ cognitio : *a* imò etiam ſi delato juramento, juratum fuerit quantumcunque ſolemniter, non eſſe matrimonium, & pro juramento judicatum, licèt videatur juramentum illud nunquam retractandum, ſed à Deo ſolo ulciſcendum, *b* nihilominùs probatione ſuperveniente (quod intelligo de integrâ & irrefragabili) retractatio primi judicati, vel etiam appellatio, ſemper admittitur.

4. Et ita practicatum & judicatum fuiſſe in hâc civitate Pictavenſi in foro epiſcopali, retulit mihi dominus Reiſius, celebris & veteranus in hâc curiâ advocatus ; qui tunc erat judex eccleſiaſticus cujuſdam cauſæ matrimonialis, inter duos quoſdam nobiles. Nam mulier, quæ nobilis erat, aſſerebat quendam nobilem matrimonium ſibi promiſiſſe per verba de præſenti, & copulâ carnali conſummaſſe, quod denegabat nobilis ille, & cùm mulier nec teſtes nec inſtrumenta haberet, detulit juramentum ſolemnitèr in eccleſiâ faciendum ; quod acceptavit nobilis, & ſolemnitèr palàmque in eccleſiâ juravit, & pro ſuo juramento abſolutus fuit. Certò poſt tempore, ſuperveniùnt probationes per teſtes omni exceptione majores, ideoque petiit mulier, ut nonobſtante juramento & ſententiâ, ad probandum matrimonium, admitteretur ; cujus ſupplicationem non admittendam eſſe deffendebat nobilis, ac de juramento, & judicato excipiebat. Tandem per ſententiam admiſſæ ſunt mulieris probationes;

Retractatio juramenti & ſenten-

ſoutenoit qu'elle y étoit non-recevable, alléguant pour fin de non-recevoir le ſerment qu'il avoit prêté & la ſentence qui l'avoit renvoyé abſous. Enfin on admit cette femme à faire la preuve qu'elle demandoit, & ce gentilhomme ayant appellé deux fois ſucceſſivement de deux ſentences conformes, la premiere fut enfin confirmée par celle du juge métropolitain, & les parties renvoyées devant leur premier juge; & enſuite les témoins de la femme ayant été entendus ſur la vérité du mariage, & ayant tous dépoſé unanimement qu'il y en avoit un, on rendit ſentence en faveur de la femme contre ce gentilhomme, nonobſtant la ſentence qui l'avoit renvoyé abſous.

Or, puiſque les cauſes où il s'agit de mariage, ont un ſi grand privilége, parce qu'il s'agit de ce lien ſacré des deux conjoints, qui eſt tout ſpirituel; en telle ſorte que la dépoſition des témoins l'emporte ſur l'autorité des choſes jugées: donc, à plus forte raiſon, il faut admettre la preuve par témoins quand il n'y a point encore eu de ſentence rendue (qui ait déclaré qu'il n'y avoit point de mariage) par l'argument du plus au moins, qui a beaucoup de force en droit.

5. De ce que deſſus, & par pluſieurs autres raiſons qu'on pourra ajoûter, je conclus que la convention & le lien ſacré du mariage étant une fois légitimement contracté, quoiqu'il n'y ait aucun acte par écrit, n'eſt point ſujet à

& cùm nobilis ab hâc ſententiâ provocaſſet, iterum atque iterum per eccleſiaſticos judices metropolitanos firmata fuit ſententia, & partibus ad primum judicem remiſſis, & auditis mulieris teſtibus, de matrimonio uno ore teſtificantibus, lata fuit, in gratiam mulieris contra nobilem, pro matrimonio ſententia, non obſtante primâ abſolutoriâ.

Cùm ergo cauſa matrimonialis tanto gaudeat privilegio, propter ſacrum divinumque fœdus quod merè ſpirituale videtur ſecundùm canones, *a* ut etiam in ſententiam contra matrimonium latam, teſtes de matrimonio teſtificantes prævaleant: à fortiori ergo ratione, teſtes ad probandum matrimonium nullâ adhuc latâ in contrarium ſententiâ, admitti debent, non obſtante hac regiâ conſtitutione; argumento de majori ad minus, in jure fortiſſimo.

5. *b* Ex his ergo, & multis aliis quæ huc adduci poterant, concludo pactum & fœdus nuptiale ſacrum & divinum, legitimè factum, quam-

tiæ; in favorem matrimonii.

a *Notat. in Can. Loci*, §. *His ità junct. gloſſis* 35. *quæſt.* 9.

b *L. Nec in eâ, ff. ad leg. Jul. de Adult. l. Conventicula. C. De ſacroſ. Eccleſ.*

cette ordonnance, & qu'il ne faut pas même préſumer que notre roi, qui n'a eu en vue que de régler, par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, l'uſage du barreau en matiere profane, ait eu deſſein d'étendre la prohibition de cet article à une choſe qui eſt purement eccléſiaſtique, & qui doit être jugée ſuivant les canons, & de laquelle même il n'a pas accoutumé de prendre connoiſſance, les princes ayant laiſſé de tout tems aux évêques toute juriſdiction ſur ce qui concerne leurs droits, & n'ayant pas coutume de mettre leur faux dans la moiſſon des autres. Ce que deſſus ſuffira pour ce qui concerne le mariage public, c'eſt-à-dire contracté en face d'égliſe, après publication de bans.

---

vis non ſcriptum, huic regiæ conſtitutioni ſubjici non debere, nec ſuſpicandum eſſe regem noſtrum, ea quæ pro foro ſæculari introducere viſus eſt, ad rem merè eccleſiaſticam ſecundùm canones judicari ſolitam, cui ſe immiſcere non conſuevit, extendere voluiſſe, cùm ſoliti fuerint principes jura epiſcopalia epiſcoporum moderationibus ſemper relinquere, *a* nec falcem in meſſem alienam immittere. Et hæc de publico ſeu publicato matrimonio dicta ſint.

a *Cap. Novit. extr. de Judic. l. Nos reddentes, C. de ſum. Trin. & fide Cath.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE IV.

SOMMAIRE.

1. *Diſtinction de trois ſortes de mariages publics, propoſée par Boiceau.*
2. *L'ordonnance de* 1629 *défend la preuve par témoins des mariages contractés par paroles de preſent.*
3. *Du mariage contracté devant le propre curé.*
4. *Du mariage préſumé.*
5. *Obſervations ſur les principes de Boiceau touchant les trois eſpeces de mariages publics qu'il propoſe.*
6. *Obſervation ſur la ſeconde raiſon de Boiceau, par laquelle il ſoutient que la preuve par témoins doit être admiſe.*
7. *En quels cas le juge d'égliſe connoît des cauſes de mariage.*

8.

8. *Nos rois ont pouvoir de faire des ordonnances sur le fait des mariages.*
9. *Espece singuliere touchant la possession paisible d'un mariage.*
10. *Solemnités requises pour rendre le mariage public.*
11. *Nécessité de la bénédiction nuptiale ; opinion des docteurs sur ce sujet, & usage de l'église.*
12. *Le curé témoin nécessaire du mariage.*
13. *De la publication des bans.*
14. *Des paroles dont se sert le prêtre pour donner la bénédiction nuptiale, & de celle des conjoints.*
15. *De l'acte de célébration.*
16. *Cas où la preuve par témoins, ou par écrit, est reçue ou rejettée en fait de mariage.*
17. *Question quand l'acte de célébration n'est point rapporté, si d'autres actes peuvent tenir lieu de commencement de preuve par écrit du mariage?*
18. *Distinction sur ce sujet.*
19. *Du certificat du curé, quand il n'y a point de registre de mariage.*
20. *De celui donné par un prêtre qui a célébré le mariage à la place du propre curé.*
21. *Du certificat donné par les témoins qui ont assisté à la célébration.*
22. *Observations à faire en pareils cas.*
23. *De la preuve du consentement du pere au mariage de son fils mineur.*
24. *Précautions que pourroient prendre les curés pour prévenir les suppositions des faux parens par les conjoints.*
25. *Si la preuve par témoins du domicile des conjoints est recevable contre l'énonciation du contrat de mariage & de l'acte de célébration.*
26. *Preuve par témoins, reçue en Flandres dans les causes de séparation.*
27. *Cette preuve y est aussi reçue à l'égard de promesse de mariage.*
28. *Pouvoir des princes laïques sur les mariages dans l'étendue des terres de l'église.*
29. *Jurisprudence contraire en France.*

30. *Uſage de la province d'Artois ſur la preuve des mariages.*

1. BOICEAU traite dans ce chapitre de l'engagement qui réſulte de la promeſſe de mariage faite réciproquement entre deux perſonnes, par paroles de préſent, quand il n'y a point de preuve par écrit; ce qui paſſoit pour un véritable mariage en certains cas, avant le concile de Trente, & il diſtingue enſuite le mariage en deux eſpeces; l'un public & ſolemnel, & l'autre clandeſtin. Il renvoie ce dernier au chapitre ſuivant; & à l'égard du premier, il le diviſe en trois autres eſpeces;

La premiere, quand deux perſonnes ſe promettent la foi de mariage par paroles de préſent, ou par paroles de futur, en préſence & du conſentement de leurs parens & amis.

La ſeconde, quand le mariage eſt contracté publiquement, & en face d'égliſe, devant le propre curé.

La troiſieme, dit-il, eſt lorſqu'un homme a entretenu & nourri publiquement dans ſa maiſon une fille en qualité de ſa femme, & qu'il a eu habitude avec elle. Boiceau décide indiſtinctement, que dans tous ces trois cas, la preuve par témoins du mariage doit être reçue; mais il eſt aiſé de faire voir que les maximes ſur leſquelles il établit ſes déciſions, ne ſont plus en uſage.

2. A l'égard de la premiere eſpece de mariage public dont il parle, ſçavoir, quand deux perſonnes ſe promettent la foi de mariage par paroles de préſent, ou par paroles de futur devant leurs parens & amis; il ſuffit de citer l'article 7 de l'ordonnance de 1639, qui défend à tous juges, même aux juges eccléſiaſtiques, de recevoir la preuve par témoins des promeſſes de mariage, ni autrement que par écrit, lequel doit être arrêté en préſence de quatre proches parens de l'un & de l'autre des parties. [*] Il n'y a que le ſeul cas

[*] Par l'ordonnance de 1629, article 40, il eſt défendu à tous juges de recevoir à l'avenir aucune preuve par témoins, & autres, que par écrit des promeſſes de mariage, excepté entre les perſonnes de village, & de vil & baſſe condition, à la charge néanmoins que la preuve n'en pourra être admiſe que par des plus proches parens de l'une ou de l'autre des parties, & au nombre de ſix pour le moins. L'ordonnance de 1639 n'a pas fait cette exception en faveur des gens de baſſe condition, & avec raiſon; ce ſeroit, dans la matiere la plus importante, ouvrir la porte aux abus de la preuve par témoins. Si l'on a cru qu'une convention, excédante la ſomme de cent livres, étoit un objet de trop grande conſéquence pour en abandonner la preuve à un témoignage trop ſouvent trompeur, que ne doit on pas dire de l'engagement de la vie le plus

dans lequel on articule qu'il y a eu effectivement un acte de célébration, mais qu'il a été perdu, auquel l'on puisse douter si la preuve par témoins de la perte de cet écrit, & de sa teneur, peut être admise ; ce qui sera examiné ci-après, en expliquant l'article 55 de l'ordonnance de Moulins, qui parle des regiſtres des mariages.

3. Quant à la seconde espece, qui est le mariage contracté publiquement en présence du propre curé, il est encore indubitable qu'il ne se peut aussi prouver que par écrit. La déposition du curé, ni celle des parens & des témoins, de la vérité du mariage, n'a pas même été jugée suffisante par l'ordonnance de 1667, T. 20, articles 7, 9, 10, puisqu'elle a défendu préciſément de recevoir la preuve des mariages, autrement que par un acte de célébration, signé du curé & des témoins à l'instant du

sérieux, & qui intéresse si fort toute la société ? Mais il faut remarquer, que lorsque les promesses de mariage sont faites par un acte sous signature privée, qui est demeuré en la possession de l'une des parties contractantes, cet acte est de nul effet, s'il n'y en a pas un double entre les mains de l'autre partie ; car cet engagement doit être réciproque : c'est pourquoi la promesse qu'une partie fait à une autre de l'épouser, est de nul effet, & ne produit aucun engagement, si celle à laquelle cette promesse est faite, ne s'est pas réciproquement engagée envers l'autre : or, lorsqu'il n'y a pas un double de cette promesse entre les mains de l'une des parties, l'engagement n'est pas respectif ; car cette partie, qui n'a pas l'acte entre ses mains, ne pourra obliger l'autre à l'exécuter. Que s'il étoit dit dans l'acte concernant les promesses respectives, qu'il seroit mis entre les mains d'un tiers, & qu'il y eût été mis en effet, il seroit valable.

Il y a d'autres promesses de mariage, qui se font à l'égliſe, & qu'on nomme fiançailles, elles produisent un double effet, qui met tous les jours dans le cas d'en rechercher la preuve. Cet effet est que, 1° elles forment entre les parties une obligation de s'épouser : 2° quelles operent une affinité entre le fiancé & les parens de la fiancée, & entre la fiancée & les parens du fiancé ; affinité d'où naît un empêchement d'honnêteté publique, qui s'étendoit autrefois jusqu'au quatrieme degré, mais qui ne passe pas le premier, depuis le concile de Trente, sess. 14, ch. 3 *de Reform. matrim.*

Selon l'usage de plusieurs diocèses, comme Paris, Orléans & Bourdeaux, le prêtre doit inscrire l'acte des fiançailles dans un regiſtre : dans d'autres, on se contente d'en faire mention dans l'acte de célébration de mariage ; ainsi il est tout naturel d'avoir recours à ces regiſtres, pour en avoir la preuve. Mais cela ne doit pas absolument exclure la preuve par témoins ; car ces actes n'étant pas le fait des contractans, dans les cas où les curés auroient eu de la négligence à ce sujet, ce qui est très-possible, & n'arrive que trop souvent, sur-tout à la campagne, il y auroit de l'injustice à en rendre les parties responsables, & à leur faire porter la peine d'une faute qui leur est étrangere. La même raison ne se rencontre pas, comme on voit, à l'égard des promesses de mariage non eccléſiastiques, dont nous parlions ci-devant : ces engagemens sont des actes de la libre volonté des parties, & c'est d'elles seules que dépend le soin de leur confection.

mariage, & inféré dans les regiſtres de la paroiſſe où il a été contracté [*].

[*] Les ordonnances enjoignent aux curés de tenir des regiſtres exacts des mariages. L'article 50 & ſuivant de l'ordonnance de 1539 de François I ; l'article 18 de celle de Henri III, aux Etats de Blois ; l'art. 29 de celle de Louis XIII ; l'art. 8, de celle de 1667 ; l'art 8 & ſuiv. de la déclaration de 1736. Ces regiſtres doivent être doubles, & le curé, ou prêtre prépoſé, y doit inſcrire, après la célébration du mariage, l'acte de célébration, qui contienne, porte l'article 7 de la déclaration du 9 Avril 1736, » les noms, ſurnoms, âges & qualités » des contractans avec leurs demeures : » il y ſera marqué s'ils ſont enfans de » famille, en tutelle ou curatelle, ou » en la puiſſance d'autrui ; les conſente- » mens de leurs peres & meres, tuteurs » ou curateurs, y ſeront pareillement » énoncés : quatre témoins dignes de foi » aſſiſteront auſſi auxdits actes, ſça- » chant ſigner, s'il peut aiſément s'en » trouver dans le lieu, qui ſçachent ſi- » gner ; leurs noms, qualités & domi- » ciles, ſeront pareillement mentionnés » dans leſdits actes ; & lorſqu'ils ſeront » parens ou alliés des contractans, ils » déclareront de quel côté, & en quel » degré ; & l'acte ſera ſigné ſur les deux » regiſtres, tant par celui qui célébrera » le mariage, que par les contractans, » enſemble par leſdits quatre témoins au » moins ; & à l'égard de ceux des con- » tractans ou des témoins qui ne pour- » ront, ou ne ſçauront ſigner, il ſera » fait mention de la déclaration qu'ils » en feront. »

Ainſi la vigilance de nos rois a pris toutes les précautions poſſibles pour conſtater les mariages, & aſſurer l'état des familles. Mais ne peut-il pas arriver que leur vigilance ſoit trompée par la négligence de ceux qui ſont prépoſés à ce ſoin ? Ne ſe peut-il pas faire que les curés omettent d'inſcrire ſur leurs regiſtres quelqu'acte de célébration, ou que, comme l'a prévu la déclaration de 1736, ils dreſſent ces actes ſur des *feuilles volantes*, qui viendront par la ſuite à ſe perdre ? Dans ce cas, ne faudra-t-il pas avoir recours à la preuve par témoins ; & les regiſtres font-ils une telle foi en juſtice, qu'ils excluent toute autre preuve ? Nous dirons à ce ſujet, ce que nous diſions, il n'y a qu'un moment, pour les regiſtres des fiançailles ; ces actes n'étant pas le fait des contractans, il y auroit de l'injuſtice à les en rendre reſponſables.

M. Joli de Fleury, ancien procureur général, conclut, en 1711, à admettre la preuve teſtimoniale d'une célébration de mariage. Son plaidoyer rapporté tout entier au Journal des Aud. t. 6, liv. 1, ch. 33, contient la diſcuſſion la plus complette des ordonnances rendues dans la matiere. Il y fait voir que, quand ces ordonnances ont défendu d'admettre la preuve *contre & outre le contenu aux actes*, elles n'ont diſpoſé ainſi, que pour *les cas où il s'agit d'un contrat qui eſt de pure volonté* entre les parties ; mais qu'on ne peut appliquer cette défenſe à des faits *indépendans des parties, ni aux obligations qui naiſſent des délits, ou des faits imprévus, ni enfin à tous les engagemens qui ne ſont pas volontaires, & où il n'a pas été en la liberté des parties de paſſer à des actes.*

Auſſi l'ordonnance de 1667 n'exclut-elle pas entiérement la preuve par témoins en cette matiere. L'article 14 porte : » Si les regiſtres ſont perdus, ou qu'il » n'y en ait jamais eu ; la preuve en ſera » reçue tant par titres que par témoins. » Quand il n'y a jamais eu de regiſtre, l'ordonnance n'inculpe pas les contractans de n'avoir pas pris d'ailleurs leurs précautions, & de ne s'être pas, par eux-mêmes, aſſuré une preuve ; mais elle accorde, en ce cas, la preuve par témoins. N'eſt-ce pas la même choſe, lorſqu'il y a des regiſtres, mais que l'acte de célébration n'y a pas été inſcrit, ou qu'il a été inſcrit ſur une feuille volante : ne peut-on pas dire qu'à cet égard, il n'y a pas eu de regiſtre ; & n'eſt-ce pas de même le cas d'admettre la preuve par témoins ?

Il faut encore remarquer la différence qu'il y a entre les actes de célébration

4. Et pour ce qui eſt de la troiſieme eſpece de mariage que Boiceau appelle auſſi un mariage public, & qui eſt ce qu'on appelloit de ſon tems un mariage préſumé par la cohabitation, il n'eſt plus permis à préſent de douter que cette préſomption n'a plus lieu ; car cette cohabitation, quoique publique en qualité de mari & femme, non-ſeulement ne fait pas préſumer qu'il y a eu un mariage contracté, mais c'eſt plutôt une preuve de la débauche & du ſcandale, qui rend la faute inexcuſable [*]. En un mot, depuis le concile de Trente & l'ordonnance de Blois, on ne reconnoît plus en France les mariages préſumés ; ainſi la preuve par témoins n'en peut jamais être admiſe, parce qu'elle ſeroit inutile.

Seſſ. 24, art. 40 & ſuivans.

5. Quant aux principes que poſe Boiceau pour ſoutenir ſes ſentimens, ils ne ſont plus recevables ſuivant nos mœurs.

Il dit, premierement, que l'inſtitution du mariage étant de droit divin, il ne doit pas être ſoumis aux loix humaines, & qu'il ſeroit indigne de douter de la vérité d'une conjonction que Dieu lui-même a faite entre deux perſonnes, ſous prétexte que l'on ne peut en rapporter la preuve par écrit, parce qu'il ſuffit que cette conjonction ait été faite en préſence de témoins.

& entre les conventions ou contrats. Ceux-ci ſe paſſent le plus ſouvent à l'inſçu du public, & ne ſont connus que de très-peu de perſonnes ; par conſéquent la preuve teſtimoniale en eſt très-reſſerrée, & réduite à deux ou trois témoins qu'il eſt facile de ſuborner : ceux-là, au contraire, ſont toujours accompagnés d'une ſolemnité qui les fait connoître de tout l'endroit, & quelquefois même des environs : on peut en acquérir une preuve teſtimoniale de la plus grande étendue, & qui aille juſqu'au dernier degré de certitude.

Cependant, comme il y auroit à craindre qu'on n'abuſât de la preuve par témoins en cette matiere ; que même les ordonnances n'ont enjoint les regiſtres, que pour prévenir les abus qui s'en faiſoient, les juges ne doivent l'admettre qu'avec beaucoup de prudence. La juriſprudence, à cet égard, comme dans toutes les autres queſtions d'état, eſt de n'admettre, à la preuve par témoins, que lorſqu'il y a un commencement de preuve par écrit, ou une poſſeſſion reconnue de cet état, & qu'il s'agit ſeulement de fortifier cette preuve. Ainſi deux choſes peuvent faire admettre à la preuve teſtimoniale en ce cas ; *un commencement de preuve par écrit*, ou *une poſſeſſion d'état reconnue*. Voyez au n. 17 ce qui peut être ici regardé comme un commencement de preuve par écrit.

[*] Si deux perſonnes avoient vécu enſemble avec la qualité d'homme & de femme, au vu & ſçu du public, & de leurs parens ; ſans aucune contradiction, ils auroient par-là acquis une poſſeſſion d'état, qui, comme nous venons de voir, pourroit les faire admettre à la preuve par témoins. C'eſt ce qui a été décidé par la loi 9. *Cod. de Nupt. Si vicinis vel aliis ſcientibus uxorem domui habuiſti, & ex matrimonio filia ſuſcepta eſt, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ ſint, non ideò veritas matrimonii, aut ſuſceptæ filiæ ſuam habet poteſtatem.* C'eſt

Sans entrer ici dans une diſſertation ſur cette conſéquence d'un principe dont l'on eſt obligé d'avouer la vé-

l'eſpece de l'arrêt du 16 Décembre 1606, rapporté par Labbé ſur l'article 220 de la Cout. de Paris. Mornac, ſur la loi 9, §. *Quoniam*, *ff. de reb. cred. & adl. n.* 4, *ff. de Pig.* le date du 15 Décembre. Il en cite un autre du mois de Février 1552, qu'il dit avoir jugé qu'une des parties ayant mis en fait que le mariage avoit été conclu & arrêté en préſence de vingt perſonnes de qualité, on l'admit à faire preuve; & il conclut, en diſant: *Nec alio jam certiore jure utimur.* Un arrêt du 20 Juillet 1728, rendu ſur les concluſions de M. Gilbert, avocat général, a admis le fils d'un nommé Pierre Burgelat, & d'Hieronyme Caprioli à prouver par témoins que le contrat de mariage de ſes pere & mere qu'il ne rapportoit point, avoit été vu de pluſieurs perſonnes. Pierre Bourgelat & Hieronyme Caprioli avoient vécu publiquement, comme homme & femme; leurs enfans avoient été baptiſés comme légitimes; Hieronyme Caprioli avoit été enterrée comme femme Bourgelat; & par ſon teſtament, ſes enfans étoient qualifiés légitimes; le ſieur Bourgelat étoit nommé ſon mari. Ces raiſons prévalurent, quoique Pierre Bourgelat lui-même, après la mort d'Hieronyme Caprioli, eût jugé à propos de traiter le fils qui lui reſtoit d'elle, comme fils naturel, & que celui-ci ne rapportat pas l'acte de célébration de mariage de ſes pere & mere. Deniz. *verbo* MARIAGE. Le Même auteur rapporte un arrêt contraire dans une eſpece différente: la voici. Marie Charuel, après avoir épouſé Jacques Houdoyer, en fut abandonnée, ſans qu'on ſçut ce qu'il étoit devenu. Elle vécut depuis, & pendant fort long-tems, avec Louis Girard ſur les paroiſſes Saint Benoît & Saint Severin à Paris. Elle en eut un fils baptiſé ſous le nom de fils légitime en 1685. Après la mort de Louis Girard, elle prit la qualité de ſa veuve. Un avis de parens aſſuroit à l'enfant l'état de légitime, l'inventaire fut fait à la requête d'elle & du fils, comme héritier; elle décéda en poſſeſſion de ſon état. Son inventaire fut même fait à la requête de cet enfant; & d'une fille qu'elle avoit eu de ſon mariage avec Houdoyer. Jean Girard, cet enfant, ayant demandé le partage des biens de ſa mere contre ſa ſœur Marie Houdoyer, celle-ci attaqua ſon état, & ſoutint qu'il n'y avoit pas eu de mariage entre Marie Charuel & Louis Girard; elle ajoûtoit même qu'il ne pouvoit pas y en avoir eu au moyen de ce qu'on ignoroit le ſort de Jacques Houdoyer. Jean Girard répondoit qu'il étoit en poſſeſſion de ſon état depuis vingt-ſept ans. Il alléguoit une habitation publique de ſon pere & de ſa mere, & rapportoit des actes où ils étoient qualifiés de mari & femme. Son extrait baptiſtaire étoit en régle, ſa qualité de légitime étoit reconnue par des avis de parens & par des inventaires; cependant, parce qu'il ne rapportoit pas d'acte de célébration, ni d'extrait mortuaire de Jacques Houdoyer, il fut débouté de ſa demande en partage par ſentences du châtelet, confirmées par arrêt du 12 Juillet 1713, rendu ſur les concluſions de M. Joly de Fleury, avocat général. Ainſi dans cette occaſion *la poſſeſſion d'état* & *le commencement de preuve par écrit*, qui réſultoit des actes rapportés par Jean Girard, ne lui ſervirent de rien. Il faut remarquer cependant, qu'il ne paroît pas qu'il demandât à faire preuve de la célébration de mariage de Marie Charuel avec Louis Girard. Mais s'il l'avoit demandé, il n'auroit pas dû y être admis. Car *la poſſeſſion de l'état* & *le commencement de preuve par écrit* ne ſont que des préſomptions qui peuvent être détruites par des préſomptions plus fortes. Or dans cette eſpece le défaut d'acte de célébration & d'extrait mortuaire de Jacques Houdoyer, formoient une plus forte préſomption contre le mariage de Marie Charuel avec Louis Girard, que *la poſſeſſion* d'état & *le commencement de preuve* n'en formoient en ſa faveur. Il étoit évident que le défaut d'acte de célébration venoit du défaut de l'extrait mortuaire de Jacques Houdoyer, & que par conſéquent il n'y avoit pas eu de mariage. Car il ne pouvoit pas y avoir eu de mariage ſans la production de l'extrait mortuaire de Jacques

rité, il ſuffit de s'en tenir à la déciſion des ordonnances de Blois, & de 1667, qui en ont tiré une toute contraire ; car c'eſt parce que le mariage eſt d'inſtitution divine, qu'elles ont jugé, par reſpect pour un ſi grand ſacrement, qu'il falloit, pour en aſſurer la vérité, une preuve manifeſte & authentique, telle qu'eſt un acte de célébration ſouſcrit par quatre témoins dignes de foi, & inſéré ſur le regiſtre, afin de ne pas confondre une conjonction, qui n'eſt ſouvent que la ſuite de la débauche, avec celle qu'elle regarde comme un ſacrement : c'eſt pourquoi le concile de Trente veut auſſi qu'il y ait un regiſtre des mariages, & que l'acte de célébration y ſoit inſéré. D'ailleurs, comme le contrat de mariage eſt le plus important de tous les contrats de la ſociété civile, ainſi que Boiceau le reconnoît, & qu'il a été élevé dans la loi de grace à l'état de ſacrement, en telle ſorte que l'un eſt indiviſible de l'autre, il s'enſuit qu'en prouvant la vérité du contrat, on

Houdoyer, & ſi cette production avoit été poſſible dans le tems de la célébration, elle l'eut encore été pour lors. Mais, de ce qu'on ne pouvoit pas le rapporter alors, il s'enſuivoit qu'on n'avoit pas pu le faire davantage autrefois ; & que, par conſéquent, il n'y avoit pas eu de célébration. *La poſſeſſion d'état & le commencement de preuve par écrit* ne peuvent ſervir de préſomption du mariage, lorſqu'il eſt prouvé qu'il y a eu des raiſons qui s'oppoſoient à la célébration. *Voyez* ci-deſſous au n. 9, l'exemple de la veuve Douin.

Il y avoit, chez les anciens Romains, trois manieres de faire les mariages ; la premiere ſe faiſoit *uſu*, *par le ſeul uſage*, lorſqu'une femme libre demeuroit un an entier & ſans interruption avec un homme libre comme elle ; & alors, quoiqu'ils n'euſſent fait aucune convention matrimoniale, ils ne laiſſoient pas d'être regardés comme mari & femme ; leurs enfans étoient légitimes, & ſuccédoient à leurs biens. Il faut remarquer que, pendant cette année, qu'un homme & une femme, en demeurant enſemble, établiſſoient leur mariage, trois jours d'abſence de l'un ou de l'autre ſuffiſoient pour interrompre l'uſage, & pour rendre le mariage nul.

La ſeconde maniere de ſe marier, & la plus ordinaire, s'appelloit *per coëmptionem*, *par achat reciproque*, lorſqu'on faiſoit des conventions matrimoniales ; que la femme apportoit de ſon côté ſa dot, & que le mari, en récompenſe, lui donnoit un douaire qu'on appelloit *donatio propter nuptias* ; & comme ils ſe mettoient dans la main l'un de l'autre quelque piéce d'argent pour marque de ces dons réciproques, cela s'appelloit *convenire in manum*.

La troiſieme maniere de ſe marier, étoit plus religieuſe que les autres ; elle s'appelloit *per confarreationem* ; c'étoit lorſque le mariage ſe célébroit par le grand-prêtre ou par le prêtre de Jupiter nommé *Flamen Dialis*, avec quantité de cérémonies, entr'autres, avec la *mole ſalée*, qui étoit une pâte faite avec de la farine d'orge, appellée *far*, d'où vient le mot de *confarreatio*, & de quelques autres grains, & avec du ſel : il falloit dix témoins pour ces ſortes de nôces & un ſacrifice ſolemnel. Toutes ces cérémonies rendirent dans la ſuite cette derniere ſorte de mariages bien plus rare que les autres, & ils ne ſe pratiquoient guères qu'entre les enfans des prêtres ; parce qu'il falloit être iſſu d'un ſemblable mariage pour être admis au ſacerdoce.

prouve auſſi par conſéquent la vérité du ſacrement ; car de ce que l'acte de célébration fait foi que les conjoints étoient habiles à contracter mariage, & que les formalités preſcrites par l'égliſe, y ont été obſervées, on conclut néceſſairement que les parties ont été en état de recevoir les effets du ſacrement, & qu'effectivement ils les ont reçu, & la loi humaine n'entreprend point en cela ſur la loi divine : au contraire, elle ſuit la diſcipline de l'égliſe, puiſque l'égliſe elle-même, qui ne peut avoir de certitude ſenſible de la vérité du lien du mariage, qui eſt un effet ſpirituel du ſacrement [*], a été obligé d'avoir recours à des ſolemnités extérieures, qui ne ſont pas de l'eſſence, d'y appeller le curé, qui eſt le témoin néceſſaire, & de preſcrire la publication des bans ; ainſi la loi humaine ne pouvant diſcerner un véritable mariage d'avec une conjonction illicite, que par les ſolemnités que l'égliſe y a attachées, ſi elle n'a pas reçu la preuve par témoins de l'obſervation de ces ſolemnités, c'eſt parce que cette preuve lui a paru trop ſuſpecte ; & ſi elle a reçu uniquement celle par écrit, c'eſt pour ſe convaincre en quelque ſorte, autant qu'il eſt en elle, par une preuve plus authentique, de la vérité d'une choſe au-deſſus d'elle, & qu'il eſt de la derniere importance pour l'intérêt de l'Etat, de connoître certainement.

6. La ſeconde raiſon qu'apporte Boiceau pour ſoutenir que la preuve par témoins doit être admiſe dans les trois eſpeces du mariage public qu'il a diſtinguées d'abord, n'a d'application juſte qu'à la ſeconde eſpece du mariage public, qui eſt celle du mariage ſolemnel, ou fiançailles célébrées en face d'égliſe ; & il faut convenir que ſi Boiceau a entendu dire en cet endroit, qu'il ne falloit point indiſpenſablement de notaire, c'eſt à dire, de contrat de mariage pour en prouver la vérité, il n'a dit que ce que tout le monde dit avec lui ; mais s'il a voulu entendre que dans le cas où il n'y a point d'acte de célé-

[*] Le lien du mariage n'eſt pas l'effet du Sacrement de mariage, puiſque ce lien peut ſubſiſter ſans le Sacrement ; car il eſt certain, ſelon la doctrine de S. Paul, I. Cor. c. vij, 12 & 13, que les infideles ſont capables du lien du mariage, & qu'on ne les remarie pas à leur entrée dans l'égliſe : cependant les infideles n'ont pas reçu le Sacrement. C'eſt le conſentement des parties, qui forme ce lien. L'effet du Sacrement eſt de benir & de ſanctifier ce lien.

bration,

bration, la preuve par témoins pouvoit être admiſe d'un mariage ſolemnel, parce que la raiſon de l'ordonnance de Moulins, qui eſt la crainte de la ſubornation des témoins, ceſſe dans ce cas, en ce qu'il eſt impoſſible, à ce qu'il dit, que l'on puiſſe corrompre la foi de toute l'égliſe, qui eſt l'aſſemblée des fidèles, laquelle a été témoin du mariage, ſon ſentiment n'eſt pas conforme à l'ordonnance de 1667, qui, même dans le cas du mariage ſolemnel, veut un acte de célébration pour en faire la preuve, comme il a été dit ci-deſſus, s'il n'y a une cauſe légitime qui en diſpenſe.

7. Et quant à ce que dit Boiceau au même endroit, que les cauſes de mariages ont coutume d'être traitées par les ſeuls juges eccléſiaſtiques, & décidées ſeulement par les canons, parce que le mariage eſt un ſacrement, il faut diſtinguer; l'official connoît du lien, c'eſt à-dire, du mariage conſidéré en qualité de ſacrement, & ne connoît point d'autre choſe; le juge ſéculier connoît du mariage en qualité de contrat civil; & ainſi ils connoiſſent tous deux de la même choſe conſidérée diverſement. La puiſſance eccléſiaſtique & la puiſſance temporelle concourent dans une choſe qui appartient à l'une & à l'autre; & ſi les cauſes de mariage ſe doivent décider ſuivant les canons, elles ſe doivent décider auſſi ſuivant les ordonnances de nos rois.

8. Ce n'eſt donc point en cet endroit, que l'on peut dire avec Boiceau, que ces deux puiſſances ſont diſtinguées, & que l'une ne doit point connoître de ce qui eſt de la connoiſſance de l'autre; car il eſt très-conſtant que, de tout tems, les princes temporels ont eu pouvoir ſur les mariages, qui ſont le fondement des familles, comme les familles ſont le fondement des Etats. Et ſans s'arrêter ici à prouver une propoſition qui a été ſi bien juſtifiée par tant d'autres, il ſuffit de remarquer en paſſant, que nos rois ſont en poſſeſſion de faire des loix concernant la célébration des mariages. Sans remonter plus haut, les ordonnances de 1556, de 1560, de 1579, de 1606, de 1667 & de 1679, prouvent ſuffiſamment cette vérité: ils ſont en droit même d'établir des empêchemens dirimans aux mariages; ce qui n'eſt pas révoqué en doute; & néan-

moins on peut dire qu'ils ne touchent point en cela au lien du mariage qui eſt de droit divin. Mais ils déclarent ſeulement incapables de l'effet du ſacrement, en ce qui regarde l'intérêt public, les perſonnes qui contractent contre la diſpoſition des loix qu'ils ont établies, dans la vue de prévenir tous les déſordres que la licence & la corruption des mœurs y auroient introduits ſans de telles précautions; & ſi les juges déclarent les perſonnes qui les ont contractés au mépris de leurs ordonnances, incapables des effets civils, ils n'entreprennent point pour cela ſur la loi divine qui a établi le mariage, & ne prétendent point délier ce que le ciel a joint; mais ils ne reconnoiſſent point pour citoyens ceux qui troublent l'ordre de l'Etat, & qui ne ſe ſoumettent pas à des ordonnances qui ſont conformes à la loi divine, puiſqu'elles ne ſont faites que dans le motif de la faire obſerver, par la crainte des peines temporelles, à ceux qui s'en ſervent d'ordinaire pour couvrir leurs déſordres ſous le nom d'un mariage. Au reſte, Boiceau a parlé ſuivant les maximes & la juriſprudence de ſon tems. Le concile de Trente & l'ordonnance de 1639 ſont ſurvenus depuis, & ainſi on ne peut le blâmer d'avoir ſuivi le ſentiment de la plûpart de ceux qui ont vécu dans ſon ſiécle.

9. Il y a néanmoins une exception notable à faire des maximes ci deſſus expliquées, où la preuve par témoins peut être reçue d'un mariage, quand l'acte de célébration a été perdu; c'eſt lorſque deux perſonnes ont vécu paiſiblement, & au vu & ſçu de toute leur famille, en poſſeſſion de l'état de leur mariage, prenant la qualité de mari & femme dans tous les actes; car cette poſſeſſion fait préſumer un mariage ſolemnel: telle eſt à-peu près l'eſpece du mariage de la veuve de Douin procureur, auquel on diſputoit la qualité de *veuve*, ſur ce qu'elle ne rapportoit point d'acte de célébration de ſon mariage; mais elle prouva par écrit cette poſſeſſion de ſon mariage, pendant trente-neuf ans, ſans que perſonne de la famille de ſon mari s'y fût oppoſé; & ſur cette preuve, ſon mariage fut confirmé par arrêt rendu en 1676, rapporté dans le Journal du Palais.

10. Quant aux ſolemnités néceſſairement requiſes pour

rendre les mariages publics dont il eſt queſtion dans ce chapitre, il faut obſerver que la diſcipline de l'égliſe n'a pas toujours été uniforme ſur ce point, il n'y a que le ſeul conſentement des parties, qui, de tout tems & en tous lieux, a été regardé comme indiſpenſable. Et ſans entrer ici dans une diſſertation ſur une matiere ſi importante, mais qui n'eſt pas de ce traité, & ſur laquelle on peut conſulter ce qu'en a écrit M. le Preſtre dans ſon Traité des mariages clandeſtins; M. Servin en ſes plaidoyers; M. Louet & Chenu dans les arrêts qu'ils rapportent, & Févret en ſon Traité de l'abus.

11. Il ſuffira d'obſerver qu'outre le conſentement des parties, il faut encore la bénédiction nuptiale par le propre curé & la publication des bans pour rendre le mariage public, ſuivant le concile de Trente & nos ordonnances; il faut même que le prêtre prononce les paroles qui expriment cette bénédiction, & que les parties prononcent celles qui expriment leur conſentement réciproque.

Cependant à l'égard de la bénédiction nuptiale, la plûpart prétendent que les parties contractantes ſont elles-mêmes les miniſtres du ſacrement, & qu'elles ſe l'adminiſtrent l'une à l'autre par leur mutuel conſentement; ils ajoûtent qu'elle n'eſt pas eſſentiellement néceſſaire pour la validité du mariage, & que le curé n'eſt que le témoin néceſſaire, ſans la préſence duquel le mariage eſt déclaré nul, parce qu'il eſt réputé clandeſtin, ſuivant le concile de Trente, ſeſſ. 24, & l'article 40 de l'ordonnance de Blois; & cette opinion eſt reçue communément dans l'école. Il y a une autre opinion, qui eſt celle de Joannes Gropperus & de Melchior Canus, Eſpagnol, religieux de l'ordre de S. Dominique & évêque de Canaria, lequel avoit aſſiſté au concile de Trente, leſquels ſoutiennent au contraire que le curé eſt le miniſtre du ſacrement de mariage, & non pas les parties contractantes; que la matiere eſt le conſentement réciproque des parties, & que la forme ſont les termes dont le prêtre ſe ſert pour leur donner la bénédiction nuptiale. Cette opinion a été ſoutenue par Eſtius célebre profeſſeur de Douay, par Bannez, théologien Eſpagnol; & Guillaume, évêque de Pa-

De Locis comm. Theod. l. 8.

Ego conjungo vos in matrimonium, &c.

ris, qui vivoit en 1200, avoit été auſſi de cette opinion; ainſi qu'il eſt porté plus au long dans une Diſſertation poſthume, que l'on attribue à défunt M. de Marca, archevêque de Paris, imprimée en 1668, dans laquelle ſont rapportées les autorités des peres & des conciles qui confirment cette opinion; & la plûpart ſont auſſi rapportés par M. le Preſtre, dans l'endroit ci deſſus cité. Cette diſſertation prouve auſſi que les mariages de tout tems ont été célébrés publiquement, & que ceux contractés ſans bénédiction nuptiale, n'étoient pourtant pas déclarés nuls par l'égliſe dans les premiers tems, parce que le contrat de mariage étant ſoumis à l'autorité du prince, la nullité du contrat dépendoit des loix, & non pas de l'égliſe, laquelle néanmoins ne reconnoiſſoit point ces ſortes de mariages contractés ſans cette bénédiction, pour une conjonction légitime & eccléſiaſtique. Auſſi cet uſage de la bénédiction nuptiale étoit obſervé en France, comme il paroît par les Capitulaires de nos rois cités au même endroit; & il eſt certain qu'avant l'ordonnance de Blois, les mariages contractés ſans cette bénédiction n'étoient pas déclarés nuls par les arrêts, parce que c'eſt le concile de Trente, lequel a rétabli en quelque ſorte l'uſage de la primitive égliſe, en ordonnant que le mariage ſe feroit publiquement, en préſence du curé, lequel recevroit le conſentement des parties.

L. 7, ch. 41, & ch. 127.

12. Il eſt donc conſtant, ſuivant l'opinion commune de l'école, que le curé n'eſt que le témoin néceſſaire du Mariage: *Ut conventio partium habeatur pro legitimo contractu, & ſufficiente ad rationem ſacramenti*, ainſi qu'en parle Cabaſſutius, *in Theoriâ jur. can.* liv. 7, ch. 17; ſur quoi Fra Paolo, en ſon Hiſtoire du concile de Trente, l. 8, a remarqué que le concile de Trente, en ordonnant la préſence du propre curé, a changé un point déja établi, ſçavoir que tout mariage fait en preſence de trois témoins, étoit bon, & qu'au lieu de l'un des témoins, il a ſubſtitué le curé [*].

[*] Sans nous arrêter ici à diſcuter les ſentimens des Scholaſtiques, fixons en deux mots des principes clairs & certains ſur tout ce qui vient d'être dit depuis le n. 7.

Il faut bien diſtinguer le mariage du ſacrement de mariage. Ces deux choſes, diſtinctes par leur nature, ne forment un même tout que lorſqu'elles ſe trouvent réunies dans un même ſujet, mais

13. Quant à la publication des bans, elle a auſſi été inſtituée à même fin que la bénédiction nuptiale, c'eſt-à-

leur union n'eſt pas eſſentielle. Le mariage ſubſiſtoit avant que J. C. eût inſtitué le ſacrement de mariage; il a encore ſubſiſté depuis, & ſubſiſte maintenant, ſans lui. Le mariage eſt l'union légitime de l'homme & de la femme; le ſacrement eſt la bénédiction & la ſanctification de cette union: l'union s'opere par le conſentement mutuel des parties; le ſacrement, par les prieres & les cérémonies de l'égliſe, en vertu du pouvoir qu'elle a reçu de J. C. L'union de l'homme & de la femme étant le contrat le plus important qui puiſſe ſe rencontrer parmi les hommes, puiſqu'il ſert de fondement à la ſociété, & conſtitue les familles; point de doute qu'il n'appartienne à l'ordre civil, & ne doive être dirigé par les loix qui dirigent la ſociété. Cela étoit ainſi avant J. C. & l'inſtitution du ſacrement; point de doute que cela ne ſoit encore de même après. Aux princes appartient de gouverner la ſociété, à l'égliſe de la ſanctifier. Ainſi c'eſt aux princes à établir les loix qui réglent le mariage, par rapport à l'ordre politique & civil; à l'égliſe à preſcrire celles qui doivent opérer ſa ſanctification; à diſpoſer l'intérieur & tout ce qui regarde la conſcience. On ne peut ſanctifier ce qui n'exiſte pas. Le ſacrement de mariage étant la ſanctification du lien & de l'union des époux, ou, ſi l'on veut, l'union ſanctifiée, ne peut ſubſiſter ſans cette union; mais cette union doit être une union honnête & légitime. Dieu, comme l'a fort bien remarqué Bocager, Inſt. du droit Romain & du droit François, liv. 2, chap. 13, n'a pas entendu ſanctifier par un ſacrement toutes ſortes de conjonctions naturelles & fortuites, ni celles qui ſeroient impures ou indignes; mais comme il y avoit néceſſité que l'homme vécût dans la ſociété du mariage, il a voulu que cette ſociété, telle qu'elle ſeroit établie pour le meilleur ordre du monde, devînt un ſacrement; enſorte qu'elle n'eſt ſacrement, que tant qu'elle eſt mariage légitime; & elle n'eſt pas mariage, ſi elle n'eſt contractée ſuivant les loix reçues dans la ſociété civile: ainſi, quand l'union eſt contraire à ces loix, il s'enſuit qu'il n'y a pas d'union honnête & légitime, point de véritable union, &, par conſéquent, point de ſacrement.

C'eſt pourquoi les princes ont, comme remarque Sanchez, *de matrim.* lib. 7, diſp. 3, *ex genere & naturâ ſuæ poteſtatis*, le droit d'établir des empêchemens dirimans du mariage, & de déclarer nulles les unions qui ſe trouveroient infectées de ces empêchemens. Comme ils ont véritablement, & par leur propre autorité, le droit d'en accorder les diſpenſes. Nous voyons que cela ſe pratiquoit ainſi dans les premiers ſiécles de l'égliſe. La loi *Quidam*, au code Théodoſien, l. 3, en fait foi. On trouve même dans Caſſiodore, hiſtorien du ſixieme ſiécle, la formule dont les princes uſoient pour donner des diſpenſes à ce ſujet. Cette diſcipline s'obſervoit encore chez les Grecs au commencement du douzieme ſiécle. Les eccléſiaſtiques ſe renfermoient à combattre dans les mariages ce qui étoit oppoſé aux régles que J. C. avoit preſcrites, & à ce que S. Paul avoit dit à ce ſujet.

Si donc depuis quelques ſiécles l'égliſe eſt en poſſeſſion d'établir ſeule des empêchemens dirimans, & d'en accorder les diſpenſes, c'eſt un effet de la piété & de la libéralité des princes qui lui ont remis la juriſdiction qu'ils ont en cette matiere, & qui ont cru n'en pouvoir confier en de meilleures mains l'adminiſtration; mais il leur ſeroit libre de la reprendre, s'ils le jugeoient à propos, & l'égliſe ne pourroit, ſans abus, faire des loix à ce ſujet qui fuſſent contraires à l'ordre politique & civil.

Ainſi Danty ne parle pas avec exactitude, lorſqu'il dit: « L'official connoît » du lien, c'eſt-à-dire *du mariage conſidéré en qualité de ſacrement.* » Le ſacrement n'eſt pas le lien, ne forme pas le lien, mais ſeulement le ſanctifie. Le mariage conſidéré comme lien, n'eſt pas ſacrement, mais ſimplement contrat civil, & la connoiſſance n'en devroit appartenir qu'au juge ſéculier. Il eſt cependant vrai que le juge d'égliſe en connoît au moyen de l'autorité que nos rois lui en ont abandonnée; mais il doit en cela ſe conformer à ce qui eſt preſcrit

dire, pour rendre le mariage public ; M. le Preſtre, *ibid.* remarque que cette ſolemnité a tiré ſon origine de l'uſage de la France, & elle eſt même requiſe, à peine de nullité [*], par l'ordonnance de Blois.

14. A l'égard des paroles du prêtre qui donne la bénédiction, quoique celles du rituel ſoient en uſage, on pourroit néanmoins ſe ſervir d'autres termes qui euſſent la même ſignification.

15. Et pour ce qui eſt de celles par leſquelles les parties expriment leur conſentement réciproque, elles ſont auſſi arbitraires ; & même elles ne ſont pas néceſſaires, pourvu qu'ils expriment leur conſentement autrement, dit le catéchiſme du concile de Trente ; en effet, il eſt conſtant que les muets peuvent ſe marier [**].

Voyez Polydore Virgile, l. 5, ch. 5 *de invent. rer. Sed verborum loco tùm nutus, & ſigna, quæ intimum conſenſum apertè indicent ſatis ad matrimonium eſſe poſſunt, tùm ipſa etiam taciturnitas cùm puella propter verecundiam non reſpondet ſed pro eâ parentes loquuntur, C. de Matrimonio.*

par les ordonnances, ſoit pour le fond, ſoit pour la forme ; & auſſi-tôt qu'il s'en écarte, la juriſdiction, qu'il n'avoit que comme délégué, ceſſe & retourne au juge ſéculier par la voie d'appel comme d'abus.

Le défaut de bénédiction nuptiale n'opere pas par lui-même la nullité du mariage, puiſque, comme nous l'avons déja dit, le mariage des infidèles n'eſt pas nul. *Voyez* à ce ſujet M. Talon, Journ. des Aud. tom. 3, l. 7, ch. 17. Cependant l'égliſe a toujours exigé cette bénédiction de ceux qui vivoient ſous ſes loix, pour réputer leur mariage, un mariage Chrétien. Elle eſt même devenue une condition eſſentielle pour la validité des mariages de tous les François, depuis que nos ordonnances en ont fait une loi. Elle doit être adminiſtrée dans l'égliſe paroiſſiale, & par le curé des contractans, & être précédée de trois publications de bans, qui ſe font à la meſſe de paroiſſe les jours de Dimanches & de Fêtes. Ce qui a été établi ainſi pour procurer à un acte auſſi important, la plus grande publicité ; & c'eſt pour cela, que les mariages, où ces formalités n'auroient pas été obſervées, ſont réputés clandeſtins, & privés des effets civils.

Nos rois avoient ſeuls le pouvoir de faire ces réglemens : ils pouvoient en faire de tout différens, & appeller les contractans par-devant les magiſtrats, ainſi qu'il ſe pratiquoit ſous les empereurs, & qu'il ſe pratique encore en pluſieurs Etats. Mais, comme il eſt dans l'ordre que les mariages des fidèles ſoient bénis par l'égliſe, ſuivant l'inſtitution de J. C ; pour ne point les traîner de l'égliſe devant les tribunaux, ou des tribunaux à l'égliſe, on a jugé à propos d'abandonner aux eccléſiaſtiques l'adminiſtration de tout ce qui concerne le mariage. C'eſt pourquoi ils tiennent la place, dans cette occaſion, non-ſeulement des prêtres & des miniſtres du ſacrement, mais encore d'officiers publics, & de témoins néceſſaires du contrat. Leurs regiſtres ſont authentiques, & font foi en juſtice ; & ce ſont les ſeuls dépôts publics auxquels on puiſſe avoir recours à ce ſujet.

[*] Pour les mineurs ; quant à ce qui regarde les majeurs, leurs mariages, ſans les bans, ne ſont déclarés nuls par les cours, que quand il s'y rencontre quelqu'autre irrégularité qui donne lieu de préſumer qu'il y a eu de la fraude ou du dol dans l'omiſſion de cette formalité. Conférer. de Par. t. 2, l. 4, confer. 1, §. 3. Déniz. *verbo* BANS DE MARIAGE.

[**] Soëfve, cent 1, chap. 82, rapporte un arrêt de la chambre de l'édit du 16 Janvier 1678, qui a jugé qu'un ſourd & muet de naiſſance avoit pu ſe marier validement. On peut les marier, ſelon la déciſion d'Innocent III, ſi leur conſentement peut être exprimé par des ſignes certains ; mais comme il eſt extrêmement difficile de s'aſſurer de la volonté & du conſentement de ces ſortes de perſonnes, dont les ſignes peuvent être équivoques, on ne doit leur

16. L'acte de célébration n'eſt point auſſi eſſentiellement néceſſaire à la validité du mariage ; il ne ſert que pour prouver que le mariage a été légitimement contracté ; & ſans cet acte le mariage eſt d'ordinaire déclaré nul & clandeſtin.

Cela ſuppoſé, il faut examiner les cas dont Boiceau n'a point parlé, dans leſquels la preuve par témoins peut être reçue ou rejettée en ce qui regarde le mariage public & ſolemnel.

1° Il eſt certain que la preuve par témoins doit être rejettée à l'effet de prouver qu'il y a eu des bans publiés, ou que les parties en ont obtenu diſpenſe, ou que l'Ordinaire leur a permis de ſe marier devant un autre prêtre que devant le propre curé. Ces actes doivent être rédigés par écrit ; ſuivant l'ordonnance, ils doivent être inſérés dans des regiſtres, & ainſi ils doivent être rapportés [*]. Il en eſt de même des oppoſitions que l'on prétend avoir été formées à la célébration d'un mariage ; elles doivent être rédigées par écrit, & dénoncées au curé par conſéquent.

2° Les promeſſes de mariage par paroles de futur, ne peuvent auſſi ſe prouver par témoins ; l'ordonnance de 1639, art. 7, veut qu'il en ſoit paſſé un acte arrêté en préſence de quatre témoins, parens des parties [**].

3° Les promeſſes de mariage par paroles de préſent, qui étoient autrefois regardées comme un mariage commencé, comme il a déja été obſervé, ne ſont plus permiſes, & l'article 44 de l'ordonnance de Blois ; défend

adminiſtrer la bénédiction nuptiale, qu'après qu'ils ont donné des marques infaillibles qu'ils connoiſſent la nature, l'objet & l'étendue des engagemens du mariage.

Le Code Frédéric, qui permet de ſe promettre par ſignes, veut auſſi, à l'égard du ſourd & du muet que la juſtice examine avant de le marier, s'il a une idée des promeſſes du mariage, & des affaires qui ſe traitent parmi les hommes ; & il dit, par rapport à celui qui, étant ſourd & muet, eſt encore aveugle, qu'on ne peut ſuppoſer en lui de conſentement.

[*] Les curés, en vertu de l'édit de 1639 doivent avoir un regiſtre où ils écrivent & datent toutes les publications de bans qu'ils font dans leurs paroiſſes. Une déclaration du 16 Février 1692, leur enjoint d'énoncer dans les actes de célébration de mariage, à peine de 500 liv. d'amende, les publications des bans & les diſpenſes ; mais peut-on dire que ces regiſtres excluent la preuve par témoins, ſur-tout ſi l'on fait réflexion que ces regiſtres ſe font ſans la participation, & même ſans la connoiſſance des parties ; ce qui doit leur donner encore moins d'autorité qu'aux regiſtres de célébration qui, doivent être ſignés des contractans & des témoins ?

[**] *Voyez* ci-deſſus la note ſur le n. 2.

même aux notaires d'en recevoir les actes ; ainsi la preuve en seroit inutile.

17. Ce qui peut faire difficulté, est de sçavoir si, quand l'acte de célébration du mariage n'est point rapporté, & qu'il n'y a point eu de registre dans la paroisse où il a été célébré, & qu'on rapporte seulement une publication de bans, ou une dispense de les publier, des articles ou un contrat de mariage signé des conjoints & de la famille, tous ces actes peuvent tenir lieu de commencement de preuve par écrit du mariage que l'on conteste ?

Pour décider cette question, il faut observer que l'ordonnance de 1667, art. 14, T. 20, a permis la preuve par témoins du mariage, quand il n'y a point eu de registre dans la paroisse où il a été célébré, & que le curé n'a point délivré d'acte de célébration. La raison de l'ordonnance est, qu'en cas de mariage, il faut toujours en revenir à la vérité, parce qu'il ne faut pas séparer ce que Dieu a joint, ni joindre ce que Dieu n'a pas joint. C'est pourquoi, quand l'acte de célébration & les registres viennent à manquer, il faut admettre toutes sortes de preuves, pour connoître s'il y a eu mariage ou non ; & c'est au juge, en ce cas, à examiner avec scrupule la qualité des preuves, parce qu'il doit prendre garde de donner atteinte par son jugement au sacrement de mariage, en séparant ceux qu'il a unis pour toujours.

L. non nudis, C. de Probat.

Ainsi dans la question dont il s'agit, il faut distinguer ce qui peut servir de commencement de preuve par écrit, de ce qui n'en peut servir.

18. Et il est certain que la publication des bans, la dispense de les publier, la permission de se marier devant un autre prêtre que le curé ; les articles, le contrat de mariage, signés des parties & de toute leur famille, ne sont que des actes préalables : ils peuvent être sérieux & véritables, & néanmoins le mariage peut n'avoir pas été célébré ; ainsi on ne peut pas dire qne tous ces actes soient des commencemens de preuves par écrit du mariage : ce sont de simples présomptions qu'il peut y avoir eu un mariage ; mais ces présomptions n'ont aucune certitude [*].

[*] M. Jousse semble être d'avis que ces actes sont des commencemens de preuve par écrit. Voici ce qu'il dit sur l'art. 14 du tit. 20 de l'ordonnance de

Au

Au contraire, ſi les actes que l'on produit pour ſoutenir qu'il y a eu un mariage célébré, ſuppoſent effectivement qu'il l'a été, en ce cas ils peuvent ſervir de commencement de preuve par écrit, & on peut accorder la preuve par témoins en conſéquence, au défaut de l'acte de célébration inſéré dans le regiſtre de mariage, notamment ſi ces actes ſont authentiques & paſſés en préſence de la famille des conjoints, par leſquels ils ont été reconnus comme légitimement mariés; tel ſeroit un partage d'une ſucceſſion fait dans la famille, dans lequel les conjoints auroient pris la qualité de mari & femme, ou un contrat de mariage de quelqu'un de la famille, dans lequel ils auroient pris la même qualité, & autres ſemblables actes; car cette reconnoiſſance publique ſuppoſant qu'il y a eu un véritable mariage célébré, la dépoſition des témoins peut être admiſe pour fortifier ce commencement de preuve par écrit.

19. Il faut dire la même choſe du certificat donné par le propre curé qui a fait le mariage, quand il n'y a point de regiſtre dans la paroiſſe ſur lequel les témoins ayent ſigné; car, quoique ce certificat ne puiſſe tenir lieu d'un acte de célébration, néanmoins le curé étant le témoin néceſſaire du mariage, la déclaration qu'il auroit donnée, peut ſervir de commencement de preuve par écrit, quand il n'eſt point ſuſpect d'ailleurs, & qu'il n'y a point de rapt; parce que ce certificat marque expreſſément qu'il y a eu une célébration.

20. Autre choſe ſeroit du certificat de célébration de

1667. « Tous les actes qui précèdent le » mariage, comme la publication des » bans, les fiançailles, &c. ne ſont pas » ſuffiſans pour établir le mariage, ſi cela » n'eſt ſoutenu par des actes poſtérieurs » à la prétendue célébration, ou par » la dépoſition des témoins. » Ces actes ſont donc ſuffiſans, lorſqu'ils ſont ſoutenus par la dépoſition des témoins: ils peuvent donc concourir avec la dépoſition des témoins à faire preuve: ils ſont donc un commencement de preuve qui puiſſe faire admettre la preuve par témoins; car la preuve par témoins ne pourroit être admiſe toute ſeule. En effet on eſt d'accord, par exemple, qu'une lettre, par laquelle on ſolliciteroit le prêt d'une certaine ſomme, eſt un commencement de preuve par écrit du prêt de cette ſomme, quoique cependant le prêt puiſſe n'avoir pas enſuivi; de même la publication des bans, les fiançailles, &c. peuvent être des commencemens de preuve par écrit, quoique le mariage puiſſe n'avoir pas été célébré en conſéquence; car ſi le mariage étoit une ſuite néceſſaire de ces formalités, elles deviendroient des preuves complettes.

mariage donné par un autre prêtre que le curé, ſi ce prêtre ne rapporte pas la permiſſion du véritable curé ou de l'ordinaire, de marier les parties, parce que ce certificat étant ſuſpect par la qualité de celui qui l'a délivré, ne peut faire aucun commencement de preuve de la vérité; outre que ce prêtre n'ayant nul caractere pour célébrer le mariage, à cauſe de la prohibition du concile & de l'ordonnance, qui requièrent la préſence du propre curé, il ne pourroit ſervir tout au plus qu'à prouver qu'il y a eu un mariage clandeſtin célébré entre les parties.

21. Il faut conclure la même choſe du certificat que donneroient de la célébration du mariage, les témoins qui prétendroient y avoir aſſiſté, dans le cas où l'acte de célébration n'eſt point rapporté, & n'eſt point inſcrit ſur le regiſtre; car l'atteſtation de ces prétendus témoins ſe trouveroit détruite par ce regiſtre même, ſur lequel ils n'ont point ſigné, lequel eſt une preuve par écrit du contraire.

22. Mais ſans entrer dans toutes les queſtions de fait, qui ſe peuvent préſenter ſur cette matiere, ce qui ſeroit infini, il ſuffit d'obſerver deux choſes. 1° Que quand l'un des conjoints ſoutient qu'il n'y a point eu de mariage, il faut une preuve très-préciſe pour juſtifier qu'il y en a eu un, parce que ſon témoignage, quoique partie, détruit les ſimples préſomptions qui pourroient faire croire qu'il y en a eu un; ainſi dans ce cas, celles qui réſulteroient d'un contrat de mariage ſigné des conjoints, d'une publication de bans, & autres actes ſemblables qui peuvent être véritables, ne concluroient pas que le mariage eût été célébré dans la ſuite. La raiſon eſt que, le mariage ne s'étant pu faire ſans le conſentement de celui qui nie qu'il y en ait un, du moment qu'il n'y a point de preuve par écrit de ſon conſentement, & qu'au contraire il déclare qu'il ne l'a pas donné, la préſomption eſt pour lui; parce qu'on préſume pour la liberté, & qu'au contraire celui qui allegue qu'il y a un mariage doit, ſuivant le concile & les ordonnances, le prouver par un acte de célébration.

2° Dans ces ſortes de difficultés, c'eſt une maxime gé-

nérale que la preuve par témoins ne doit pas être accordée légèrement, & ſur de ſimples préſomptions ; parce que, l'ordonnance de Moulins, & celle de 1667 ayant jugé cette preuve dangereuſe, & ne l'ayant admiſe que dans les cauſes qui n'excèdent pas la ſomme de cent livres, il eſt aiſé d'inférer qu'elle doit être infiniment plus ſuſpecte dans les cauſes de mariage, dans leſquelles les fraudes ſont d'autant plus dangereuſes, qu'il s'agit du plus important de tous les contrats de la ſociété civile, & que les ſolemnités d'un ſacrement, qui produit une union indiſſoluble, étant de rigueur, c'eſt aux parties à s'imputer ſi la preuve leur eſt refuſée, quand il n'a tenu qu'à elles d'obſerver celles requiſes par le concile & par les ordonnances, pour aſſurer la vérité de leur état.

23. Il faut ajoûter à ce qui vient d'être dit, une queſtion importante au ſujet des mariages des fils de famille ; ſçavoir, ſi l'ordonnance ayant déclaré nuls les mariages qu'ils contractent ſans le conſentement de leur pere, la preuve de ce conſentement peut être faite par témoins, ou ſi elle doit être rapportée par écrit ; & il eſt certain que la preuve en doit être rapportée par écrit. 1. A cauſe de la fraude qui ſe pourroit pratiquer en ce cas, par la ſubornation de deux témoins ; ce qui ſeroit introduire le crime du rapt, que l'ordonnance a voulu prévenir. 2. Parce que, ſi l'ordonnance de 1639, article 2, a enjoint au fils majeur de trente ans, de requerir par écrit le conſentement de ſon pere, afin qu'il y eût une preuve par écrit de ce conſentement ou du refus, dans le cas du mariage d'un mineur, il y a encore plus de néceſſité de rapporter la preuve par écrit de ce conſentement, parce que le péril de la ſubornation eſt plus à craindre. 3. Parce que dans le mariage d'un fils de famille mineur, le pere eſt un des témoins néceſſaires du mariage, auſſi-bien que le curé ; c'eſt pourquoi il doit ſigner l'acte de célébration pour rendre le mariage valable. Or la preuve de ce fait eſt ſa ſignature, laquelle doit être inſcrite ſur le regiſtre, & ne ſe peut prouver par témoins, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du parlement de Provence du 27 Avril 1668, rapporté par Boniface, To. I, Part. I, liv. 5, T. 4, §. I. [*]

[*] Par arrêt de réglement du 5 Septembre 1710, il a été enjoint au curé de

24. Les ordonnances ont encore passé plus loin, pour prévenir le crime de rapt; & parce que dans les grandes villes, & particulièrement dans Paris, les curés ne peuvent connoître par eux-mêmes tous leurs paroissiens, & qu'il arrive souvent que, lors de la célébration du mariage d'un enfant de famille mineur, on leur suppose des personnes qui prennent faussement la qualité de leurs pere & mere, l'ordonnance de Blois, article 40, leur enjoint *de s'enquerir soigneusement de la qualité de ceux qui se veulent marier; &, s'ils sont enfans de famille ou en la puissance d'autrui, elle leur défend de passer outre à la célébration du mariage, s'il ne leur apparoit du consentement des pere & mere, tuteur ou curateur, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt.* En effet, c'est parce que cette précaution de l'ordonnance n'a pas été exactement observée, comme le marque expressément la préface de celle de 1639, (qui en renouvelle la disposition expressément,) que les mêmes désordres sont arrivés dans la suite; ce qui a donné lieu au parlement de Paris d'enjoindre derechef aux curés, par des réglemens nouveaux faits en pareille occasion, de garder exactement l'article 40 de l'ordonnance de Blois. Il y en a, entr'autres, deux, l'un du 7 Mars 1687, au sujet d'un mariage contracté entre Claude-Vincent Hardy, & Agnès-Marie-Anne Perneau, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général de Lamoignon, par lequel la cour, après avoir enjoint aux curés de garder l'article 40 de l'ordonnance de Blois, elle ordonne que les quatre témoins, qui doivent assister à la célébration du mariage, certifieront bien connoître la qualité des contractans, s'ils sont enfans de famille ou en la puissance d'autrui, (ce sont les termes de l'arrêt,) & depuis quel tems lesdits contractans sont demeurans dans les paroisses esquelles ils se diront domiciliés, de laquelle certification mention sera faite dans l'acte de célébration, le tout sur peine contre les curés ou vicaires qui y auront contrevenu, & contre les témoins qui se trouveroient avoir fait de

Chevreuse, & à tous autres du ressort du parlement de Paris, d'avoir des registres pour y transcrire les consentemens des peres & meres, tuteurs & curateurs des contractans, publications ou dispenses de bans des mariages, & autres piéces concernant lesdits mariages.

fauſſes déclarations, d'être punis comme fauteurs du crime de rapt, ſuivant la rigueur des ordonnances; & il eſt ajoûté que cet arrêt ſera ſignifié à tous les curés du reſſort du parlement, à la requête de M. le procureur général. Le ſecond arrêt de réglement eſt du 29 Décembre 1693, au ſujet du mariage contracté entre Savinien le Riche, & Claire-Hortenſe Jacquelot, célébré en la paroiſſe de S. Gervais à Paris; il ordonne, comme le précédent, que les témoins, qui aſſiſteront à la célébration des mariages, ſeront tenus, en ſignant les actes de la célébration, de certifier les curés, vicaires, & autres prêtres qui les célébreront, du tems depuis lequel les contractans demeurent dans leurs paroiſſes, & que l'arrêt ſera publié dans le reſſort des bailliages de Rhétel, où les parties contractantes étoient domiciliées.

Au reſte, comme l'article 42 de l'ordonnance de Blois ordonne que tous ceux qui auront participé au rapt, & qui auront prêté conſeil, confort, & aidé en quelque maniere que ce ſoit, ſeront punis extraordinairement, les curés, qui ſont compris dans cette diſpoſition, doivent prendre toutes les précautions poſſibles pour prévenir les mariages des enfans de familles faits ſans le conſentement de leurs pere & mere, à l'inſçu de leur tuteur ou parens, en eſſayant de connoître leurs paroiſſiens par eux-mêmes, ou par les prêtres qu'ils peuvent prépoſer à cet effet, pour les ſoulager dans la viſite de leurs paroiſſes, ſur-tout à Paris; ou du moins ils pourroient, pour ſe mettre à couvert de tout ce qu'on pourroit leur imputer dans une choſe dont ils ſont établis les premiers juges, exiger des parties qui veulent ſe marier, un certificat devant notaire, ſigné du propriétaire ou du principal locataire du logis, où elles prétendent avoir demeuré dans l'étendue de leur paroiſſe, l'eſpace de tems requis par les ſynodes de ce diocèſe, qu'elles ſont tenues d'obſerver; & pour plus grande ſûreté, ils pourroient encore obliger les témoins qui ſignent l'acte de célébration, de déclarer auſſi la maiſon & la paroiſſe où ils demeurent, ce qui ſerviroit d'un acte d'élection de domicile contre eux, en cas que dans la ſuite le mariage fût accuſé de rapt. Enfin pour les détourner même de prêter leur miniſtere à ce crime, & parce que ce ſont

ſouvent des perſonnes attirées & de la lie du peuple, qui ignorent les peines que les ordonnances prononcent en ce cas contre ceux qui en ſont complices, les curés pourroient, avant la célébration du mariage, leur faire lecture des ordonnances qui concernent la punition de ce crime, & ſur-tout l'article 42 de celle de Blois; car après de telles précautions, ils ſeroient entiérement à couvert de tout reproche, & leur qualité de propre curé, qui eſt de néceſſité abſolue, ſuivant le concile, ſeroit du moins établie autant qu'elle le peut être. Que ſi, malgré ces précautions, il arrivoit qu'ils fuſſent trompés par un concert de fraude, médité entre les témoins & les parties contractantes, ils ſeroient du moins excuſables, puiſque les ordonnances elles-mêmes n'ont pu juſqu'à préſent prévenir ces déſordres par leurs diſpoſitions.

25. Enfin, parce que l'état du mariage ne ſe peut preſcrire, & qu'il faut toujours en revenir à la vérité, il n'y a point de doute que la preuve par témoins ne doive être admiſe du véritable domicile des conjoints, nonobſtant l'énonciation faite dans le contrat de mariage ou dans l'acte de célébration inſéré ſur le regiſtre des mariages, & ce doit être en ce cas une juſte exception de la maxime ordinaire, que la preuve par témoins n'eſt point reçue contre ce qui eſt écrit, parce que, ſi cette preuve n'étoit pas permiſe, ce ſeroit ouvrir la porte aux mariages clandeſtins, & les parties pourroient aiſément, ſur-tout dans les grandes villes, leur ſuppoſer un faux domicile, & contrevenir ainſi au décret du concile de Trente, qui a établi la préſence du propre curé, comme une ſolemnité indiſpenſable du mariage, à laquelle il n'eſt pas permis de donner atteinte par des énonciations fauſſes & ſimulées; c'eſt pourquoi, dans les officialités, on permet toujours en ce cas la preuve par témoins ſans inſcription de faux.

26. Antonius Anſelmo, §. 25, ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, obſerve que la preuve par témoins eſt reçue en Flandres, quand il s'agit de prouver qu'il y a eu des promeſſes de mariage; parce que, ajoûte-t il, le mariage dépend de la connoiſſance du juge d'égliſe, étant un ſacrement; le canon 12 du concile de Trente, ſeſſion 24, frappant d'anathême ceux qui ſoutiennent le contraire.

C'eſt pourquoi, conclut-il, les princes laïques dans l'étendue des terres de l'égliſe, ne prétendent point avoir le pouvoir de toucher à la validité du mariage, ni celui de faire aucune ordonnance qui déroge à ce que les canons en ont ordonné.

27. Le même Anſelmo, ſur le §. 26, prétend que quoique les princes laïques ayent la puiſſance de défendre ſous une certaine peine, le mariage des enfans de famille ſans le conſentement de leurs parens, néanmoins ces peines ne vont pas juſqu'à diſſoudre le mariage quand il eſt contracté; mais leurs ordonnances défendent ſeulement celui qui n'eſt pas encore contracté, & puniſſent les tranſgreſſeurs quand ils n'ont pas laiſſé de le faire; enſorte que cette défenſe des princes, & cette peine qu'ils y ont ajoûtée, ne bleſſe en rien l'autorité des canons; au contraire, dit-il, elles la confirment, puiſque l'égliſe elle-même déteſte ces ſortes de mariages, comme il eſt porté par le chapitre 1 de la ſeſſion 24 du même concile de Trente. Sans réfuter ici cette doctrine, il ſuffit d'obſerver que ce que dit Anſelmo de la puiſſance des princes laïques ſur le mariage des enfans de famille, eſt conforme au droit obſervé dans les Pays-bas; mais cela n'eſt pas obſervé en France, où il eſt conſtant que les rois ſont en droit de mettre des empêchemens dirimans aux mariages de leurs ſujets, & qu'à l'égard des mariages faits par des enfans de famille ſans le conſentement de leurs peres, les parlemens ont droit, ſuivant l'autorité qu'ils en ont reçue d'eux, de les déclarer non valablement contractés.

Anſelmo renvoie ſur ce ſujet à ce qu'en ont écrit Diana, *Reſolut. part. 7, T. 1*; & Zypæus, *Jur. Pont. T. de Sponſalibus.*

28. Jo. Romelius, §. 56, ſoutient auſſi que les promeſſes de mariages ſe peuvent prouver par témoins, & cite Charondas en ſes Réponſes, chapitre 60, liv. 11, qui rapporte deux arrêts du 10 Mars 1573, & 14 Février 1608, qui avoient reçu cette preuve;

Touchant le mariage des enfans de famille ſans le conſentement de leur pere, il faut voir le Traité de M. le Maire ſur les uſages de France en cette matiere.

29. Romelius cite auſſi Chenu, liv. 2, queſt. 50; & Automne, *C. d. ad lib.* 15, *de fide inſt.* ſur quoi il ſuffit d'obſerver que Charondas eſt mort avant l'ordonnance de 1639, qui a changé cette juriſprudence, qui avoit lieu autrefois en cour d'égliſe.

30. Auſſi dans la province d'Artois on ne reçoit plus la preuve par témoins des promeſſes de mariage, il faut qu'il y ait des actes par écrit.

CHAPITRE V.

Du Mariage clandeſtin.

SOMMAIRE.

1. *Mariage clandeſtin diviſé en trois eſpeces.*
2. *Le mariage fait ſans écrit & ſans témoins.*
3. *Le mariage d'un mineur par paroles de préſent devant des témoins ſubornés.*
4. *Le mariage clandeſtin entre majeurs.*
5. *Si la preuve par témoins doit être admiſe tant que la clandeſtinité dure.*
6. *La foi des témoins ſuſpecte en ce cas.*
7. *Si, quand la cohabitation a ſuivi, la preuve par témoins eſt admiſe.*
8. *Eſpece de mariage clandeſtin.*
9. *Inégalité des conditions n'eſt qu'un empêchement de bienſéance en France dans les mariages.*
10. *Si la preuve eſt recevable quand le mariage a été fait devant un autre prêtre que le curé. Arrêt ſur ce ſujet.*
11. *Ou quand il n'y a eu que des promeſſes verbales de mariage.*
12. *Eſpece ſur ce ſujet.*

1. MAIS que dirons-nous des mariages qui ſe font en cachette, en l'abſence & ſouvent contre le gré des parens, leſquels néanmoins ſemblent être valables, ſuivant le droit canon, dont j'ai vu naître une infinité de procès ? Car à l'égard de ces mariages clandeſtins, dans leſquels il ſe rencontre toujours du dol & du crime, je croirois que l'ordonnance y doit avoir lieu. Or pour en-

1. QUID autem de his matrimoniis, quæ clàm & remotis, ac ſæpè invitis parentibus facta prætenduntur, quæ tamen jure canonico conſiſtere videntur *a* de quibus vidi lites infinitas. Nam in his clandeſtinis & occultis, quæ nunquam dolo & ſuſpicione mali carere videntur, hanc

a Cap. cùm cauſa, & cap. cùm ſufficiat. extr. de rapt.

tendre

tendre ce point, il faut auparavant expliquer ce que c'eſt que le mariage clandeſtin.

2. Car il y en peut avoir de trois ſortes ; la premiere, quand il n'y a nulle preuve, ni par écrit ni par témoins, de la célébration du mariage, & nous ne parlerons point de celui-là, parce que s'il eſt dénié, & qu'il ne puiſſe être prouvé par celui qui ſoutient qu'il a été célébré, on jugera qu'il n'y a point de mariage.

3. La ſeconde, quand un fils ou une fille de famille ſéduits, contre l'attente & au deſçu de leurs parens, de jour ou de nuit, en cachette & en préſence de témoins privés & ſubornés, ſe ſont promis mariage par paroles de préſent (à ce qu'ils diſent) ſouvent même en ſe donnant ſeulement des arrhes & préſens de nôces, ou quand le mariage a été contracté ſecrettement par un ſimple prêtre affidé (qui n'étoit point le curé des parties) non pas en face d'égliſe, mais dans quelque chapelle particuliere, hors la préſence des parens & amis communs, avec une fille ſéduite, qui s'eſt laiſſée enlever de ſon conſentement, d'entre les bras de ſes parens.

4. La troiſieme, lorſque ſans obſerver aucune des ſolemnités preſcrites par les loix divines & humaines, un homme & une fille majeurs, uſans & jouiſſans de leurs droits, prétendent qu'il y a eu une promeſſe de mariage entr eux, ſans proclamation de bans, & ſans que leur mariage ſoit devenu public par aucunes des trois ma-

---

legem locum habere putarem. Ut autem iſte articulus planè intelligatur, præmittendum eſt, quid ſit verè clandeſtinum matrimonium.

2. Nam clandeſtinum dicitur altero de his tribus modis. Primò, quando nullum eſt nec teſtibus nec ſcriptis teſtimonium. Et de eo non diſputabimus, cùm, ſi denegetur, & probari non poſſit ab eo qui dicit, cui onus probandi incumbit, *a* inter matrimonia non debeat computari. *Clandeſtinum matrimonium quid.*

3. Secundò, quando filius vel filia ſubornati, ſpretis parentum votis, noctu vel diu, occultè, & adhibitis quibuſdam privatis & ſubornatis teſtibus, promittunt matrimonium per verba de præſenti, ut tendunt, & datis ſæpè arrhis : vel fortè etiam quandoque occultè per presbyterum privatum, & ad illud ſubornatum, extrà faciem eccleſiæ, abſque cœtu parentum, & vicinorum, & ſæpè in privato ſacello, filiâ voluntariè à ſinu parentum raptâ & ſeductâ.

a *L. Actor C. de Probat.*

4. Tertiò, quandò nullis ſolemnitatibus à jure introductis, inter virum & mulierem ſui juris exiſtentes, prætenditur matrimonium ſimplicitèr

nieres expliquées dans le chapitre précédent. Par exemple, Caïus étant à ſes droits, met en fait que Titia, qui eſt une fille ou une veuve, qui jouit de ſes droits, lui a promis la foi de mariage, ſoit par paroles de préſent, ou par paroles de futur, & cela dans la maiſon de Titius, ou dans un autre maiſon particuliere, & qu'elle lui a donné une bague pour arrhes de mariage, ſans ſolemnités ni proclamation de bans, ni aucune des autres cérémonies introduites par le droit canon. Dans ces deux eſpeces, l'on peut dénier qu'il y ait eu promeſſe de mariage, parce que tout cela s'eſt fait clandeſtinement.

De plus, j'appelle un mariage clandeſtin, quand, après une ſemblable promeſſe de mariage, il ne s'eſt enſuivi aucune choſe, & qu'il ne s'eſt paſſé aucun fait qui ait purgé ce vice de clandeſtinité, comme s'il ne s'enſuit aucune des trois choſes que nous avons ci-deſſus marquées, c'eſt-à dire, ſi cette promeſſe de mariage n'eſt point réitérée en préſence des parens, ou ſuivie d'une célébration de mariage en face d'égliſe, ou de cohabitation publique en qualité de mari & de femme; car cela feroit ceſſer le vice de clandeſtinité.

5. Aucune de ces choſes ne s'étant donc enſuivie; mais le vice de la clandeſtinité ſubſiſtant toujours, & ne s'agiſſant que du fait d'une promeſſe de mariage que l'on

---

promiſſum, privatìm ſine aliâ publicatione, vel demonſtratione publicè habitâ, altero de tribus modis ſuperiùs deſignatis: ut ecce, Caïus ſui juris conſtitutus, prætendit Titiam ſeu virginem, ſeu viduam, ſui juris conſtitutam, verba matrimonii ſibi dediſſe, ſive de futuro, ſive de præſenti, idque in domo Titii, vel aliâ privatâ, dato forſitan annulo, ſed nullis ſolemnitatibus, proclamationibus, & cæremoniis à lege canonicâ introductis. *a* His duobus caſibus denegatur promiſſio: nam hæc omnia ſunt clandeſtina.

a Cap. Cùm inter. qui fid. ſint leg. Cap. Cùm inhibito de cland. deſp. extr.

Item hæc clandeſtina intelligo, quandò nihil aliud publicum ſubſequitur, quo clandeſtinitas illa purgata fuerit, nempè ſi non ſubſequatur unus de tribus ſuperioribus caſibus, ſcilicèt, vel promiſſio cum parentibus, vel publica ſolemnitas in facie eccleſiæ, vel publica cohabitatio viri & uxoris eo nomine ſimul facta: nam ex his ceſſaret vitium clandeſtinum. *b*

b Cap. Quodnobis. extr. de clandeſt. deſp.

5. His ergo non ſubſequutis, ſed ſemper manente vitio clandeſtinitatis, & ſolâ privatâ pactione prætenſâ à muliere denegatâ, vel è contrà, utrùm

prétend avoir été faite par une fille, ou par un homme à une fille, leſquels dénient l'avoir faite, on demande s'il ſera permis, nonobſtant l'ordonnance, de la prouver par témoins, & je crois que cette promeſſe, faite ſecrettement, eſt ſujette à la prohibition de l'ordonnance, & que l'on ne doit pas, en ce cas, recevoir la preuve par témoins, parce que les témoins que l'on produira en ce cas, paroiſſent viſiblement avoir été ſubornés, & achetés à prix d'argent, pour dépoſer de ce mariage clandeſtin, lequel eſt défendu par les canons, ſous peine d'excommunication.

6. C'eſt par cette raiſon que ceux qui demandent à faire preuve d'un ſemblable mariage, ſont d'autant plus ſujets à la prohibition de l'ordonnance, qu'ils ſont ſuſpects d'avoir ſuborné & corrompu les témoins ; car s'ils ne l'avoient pas été, ils n'auroient pas voulu aſſiſter à une choſe qui eſt défendue (par les loix divines & humaines.)

7. C'eſt pourquoi un ſemblable mariage ne peut être prouvé par témoins, ſuivant l'eſprit de cette ordonnance, qui a lieu en ce cas, ſi ce n'eſt qu'il y ait eu cohabitation entre les conjoints, laquelle puiſſe être prouvée par témoins ; parce qu'à cauſe de cette cohabitation qui a ſuivi, la preuve par témoins ſeroit plus facilement admiſe des épouſailles & promeſſes de mariage clandeſtines pour faire ceſſer l'occaſion du péché ; d'autant qu'y ayant eu cohabitation, particuliérement entre perſonnes

---

teſtibus, nonobſtante hâc lege, probari liceat ? Et puto tale occultum pactum huic legi ſubjiciendum eſſe teſteſque recipi non debere, cùm teſtes ad negotium illud adhibiti, ſubornati omnes videantur, atque redempti, ad clandeſtinam illam diſpenſationem, à canonibus ſub pœnâ excommunicationis *a* interdictam, perpetrandam.

a *Dict. cap. Cùm inhibitio.*

6. Hâc conſideratione, in legis iſtius rationem magìs ac magìs incidere videntur, ſcilicet in ſubornationis teſtium ſuſpicionem, cùm ipſimet omnes nonniſi ſubornati & corrupti ad rem prohibitam & ſceleratam adhiberi potuerint.

7. Idcircò tale matrimonium teſtibus probari non poſſe, ex ratione iſtius conſtitutionis, quæ in eo caſu militat, vel niſi etiam accedat copula carnalis, quæ teſtibus probari poſſit : quia, propter copulam illam ſubſequutam, faciliùs admitteretur clandeſtinæ deſponſationis, aut promiſſionis per teſtes probatio, ut vitetur materia peccati : eò quòd copulâ ſub-

entre leſquelles il n'y a point d'inégalité, c'eſt en quelque ſorte une préſomption de droit, qu'il y a eu un mariage contracté entr'elles, ſi on prouve qu'outre cette cohabitation, il y a eu auparavant une promeſſe de mariage, quoique faite clandeſtinement; car la ſeule cohabitation ne feroit point préſumer qu'il y a un mariage ſans cette promeſſe.

8. Et j'ai vu agiter une queſtion ſur ce ſujet touchant un riche gentilhomme de la province de Xaintonge, qui avoit pris chez lui une fille de la lie du peuple, pour ſa beauté, laquelle il appelloit tantôt ſa concubine & tantôt ſa femme, & dont enfin il avoit eu des enfans. Après ſa mort, cette fille ayant pris la qualité de ſa veuve, prouva par témoins, qu'il y avoit eu un mariage contracté entre eux ſecrettement & de nuit; (car c'étoit avant que l'ordonnance de Moulins eut été faite.) Enſorte qu'il fut jugé qu'elle avoit été véritablement ſa femme, particuliérement ſur ce que le défunt l'avoit ſouvent appellée de ce nom, en préſence de ſes voiſins, & qu'il ne ſervoit de rien d'objecter que le mari étoit noble & riche, & par conſéquent de la condition des ingénus, & qu'au contraire cette femme étoit de la lie du peuple, & preſque de condition ſervile, & qu'ainſi, ſuivant l'ancienne loi Romaine, il y avoit plutôt eu un concubinage entr'eux, ou ce qui s'appelloit en droit Romain *contubernium*, qu'un mariage légitime.

a *Cap. Veniet. 2; & Cap. Is ut de ſpon.*

b *Cap. Tua nos, cod. & ib. Can. & lat. Decius in l. Nuptias de Reg. jur. & Canone. 1, 30, quæſt. 5.*

c *L. Si vicinis ſcientibus. Cod. de Nupt.*

d *L. Senator is filia, L. lege Juliâ, ff. de Rit. nupt. & l. Libertum, C. de Nupt. L. In Concubinatu, ff. de concub.*

ſequutâ, maximè inter pares, nonnullam matrimonii præſumptionem judicam habere videatur, ſi cum eâ aliqua promiſſio, etiam clandeſtina, probetur: *a* nam ſola copula carnalis non induceret matrimonium. *b*

8. Et ſuper hoc articulo vidi aliquandò dubium naſci de quodam nobili & divite Xanthonenſi, qui puellam plebeïam, quòd formoſam & venuſtam eam videbat, ſecum tenuerat, quam aliquandò concubinam, aliquandò uxorem nominabat, tandem ex eâ liberos habuit: eo mortuo, plebeïa relicta ſe uxorem dicebat, & inter eos matrimonium clàm & noctu celebratum fuiſſe, idque teſtibus probavit (nempè antè hanc Conſtitutionem reg. caſus acciderat) adeò ut uxor legitima habita fuerit, ex eo maximè, quod uxorem defunctus ſæpè eam appellaret inter vicinos. *c* Nec obſtabat, quòd defunctus nobilis, & dives erat, & ſic ingenuus, relicta verò, plebeïa, & quaſi ſervilis conditionis, & ſic, ex antiquâ lege civili, nuptiæ inter eos prohibitæ viderentur, ſed magìs concubinatus vel contubernium dicebatur. *d*

9. Car cette défenſe de ſe marier entre perſonnes de conditions inégales, n'eſt pas obſervée en ce royaume ; & cet empêchement n'eſt regardé que comme étant contraire aux régles de l'honnêteté, n'y ayant aucune loi qui y oblige préciſément ; car les mariages s'y contractent avec une telle liberté, que l'on a ſouvent vu des gentilshommes épouſer des femmes de la lie du peuple, même des payſannes, peut-être parce qu'ils eſtimoient plus leur ſimplicité, que l'alliance des filles des plus nobles familles, dont le cœur eſt plein de diſſimulation, ſuivant en cela le ſentiment du poëte ſatyrique :

J'aime beaucoup mieux Venuſine pour ma femme (quoique pauvre) que vous, Cornélie, mere de Gracques, ſi, avec toutes vos grandes qualités, vous n'avez que de l'orgueil & du faſte, quoique vous comptiez entre les effets de la dot que vous m'apportez, la gloire des triomphes de vos ancêtres.

Ce que je crois néanmoins peu bienſéant à la nobleſſe, & j'ai toujours eſtimé avec toute l'antiquité, qu'il étoit plus honnête de ne ſe marier qu'à une perſonne de ſa ſorte ; car l'inégalité des conditions entre ceux qui ſe marient, a d'ordinaire des ſuites fâcheuſes ; au lieu que l'égalité ſert à entretenir l'amitié entre les conjoints, & à les rendre heureux, ſuivant ce vers prononcé par Junon, & rapporté par Plutarque : *Je joindrai par les nœuds du mariage*

---

9. Nam hæc prohibitio magis ex honeſtate, quàm ex neceſſitate in hoc regno practicari ſolet : tam enim libera ſunt matrimonia, *a* ut ſæpe viſum fuerit nobiles plebeïas etiam ruſticas duxiſſe, & quotidiè pro arbitrio ducere, pluris forſan facientes Venuſinæ ſimplicitatem, quàm nobiliſſimæ familiæ fucum & magnitudinem, ducti hac ſatyrici *b* ſententiâ :

Malo Venuſinam quàm te, Cornelia, mater
Gracchorum, ſi cum magnis virtutibus affers
Grande ſupercilium, & numeras cum dote triumphos.

Illud tamen indecorum nobilitati puto, & cum antiquis, pares cum paribus nubere honeſtiùs ſemper exiſtimavi : conjugii enim diſparitas, ferè ſemper infœlix fuit, paritas verò fœlicitatis & amicitiæ conſervatio, ſecundùm Junonis verſum à Plutarcho relatum : *c*

Vos & amore pares jungam, thalamoque locabo.

Ex his ergo concluditur, pactum matrimonii clandeſtinum ſeu privatum, ſi nihil aliud publicum ſubſequatur, nec copula carnalis intervenerit, quæ

a *L. Titia, ff. de Verb. obl. cap. Gemma. Cap. inter opera de Sponſ. extr. Auth. ſed novo jure, C. de Nupt. l. Nec filium, C. eodem.*

b *Juvenalis, ſatyra 6.*

c *In legib. connubialibus.*

& de l'amour, ceux entre leſquels il y a une égalité entiere de conditions. Il faut donc conclure de ce que deſſus, qu'une promeſſe de mariage faite clandeſtinement, ſi elle n'eſt point devenue publique dans la ſuite, & qu'il n'y ait point eu de cohabitation (laquelle ne ſuffiroit pas ſeule pour induire une préſomption de mariage) ne peut être prouvée par témoins ſuivant les raiſons ci-deſſus.

10. Quelques-uns néanmoins en font difficulté, quand cette promeſſe de mariage clandeſtine a été faite devant un prêtre, quoiqu'en l'abſence des parens, à cauſe de la célébration faite enſuite par ce prêtre, quoiqu il ne ſoit pas le propre curé des parties, ce qui s'eſt fait ſouvent, non pas ſans abus; car, quoique cette bénédiction qu'il leur donne, ſoit clandeſtine & abuſive, ils eſtiment pourtant que le mariage n'en eſt pas moins valable, à cauſe du miniſtere du prêtre qui y eſt intervenu, & ils ſoutiennent par conſéquent, qu'il faut recevoir toute ſorte de preuve en cette occaſion, ce qui, certes, n'eſt pas ſans difficulté; parce qu'en effet le prêtre qui, a l'inſçû des parens & ſans être le curé des parties, s'ingere de les marier, n'eſt pas moins ſuſpect d'avoir été ſuborné que les témoins qui y ont aſſiſté, c'eſt pourquoi ils devroient tous être punis de la même peine; & un tel mariage, comme étant fait contre la diſpoſition de la loi, devroit être déclaré nul. Néanmoins je n'oſe paſſer ſi avant, à cauſe de l'autorité des canons, qui ne veulent point qu'on caſſe ces ſortes de ma-

---

ſola non ſufficeret, teſtibus probari non poſſe, ſecundùm hanc conſtitutionem regiam, rationibus ſupradictis.

10. Nonnulli tamen dubitant de promiſſione clandeſtinâ, præſente aliquo ſacrificio ſeu presbytero factâ, remotis parentibus, propter myſticam affidationem à presbytero etiam non proprio factam: quod ſæpè non ſine abuſu factum fuit. Nam quantumvis clandeſtina & abuſiva ſit ea deſponſatio, putant tamen matrimonium hoc modo indubitatum, propter myſtycum presbyteri interventum: itaque quodvis genus probationis recipi debere. Quod certè diſputatione non caret: cùm non minùs ſubornatus videatur presbyter privatus, qui extrà paſtoralem ſuam curam, inſciis parentibus, munus illud exercet, quàm teſtes huic clandeſtino, & prohibito matrimonio aſtantes: ideoque pari pœnâ plecti deberent omnes, & tale matrimonium contrà leges factum pro infecto haberi. In hoc tamen ſubſiſto, propter authoritatem canonum, qui tale

riages, en quoi ils ont corrigé la loi civile qui ne les a jamais approuvés.

En effet, je me ſouviens d'avoir ouï dire à mes anciens, que le parlement de Paris, il y a long-tems, avoit rendu un arrêt, par lequel un certain gentilhomme, qui avoit ravi d'entre les bras de ſes parens une fille noble qui y avoit conſenti, & qui l'avoit épouſée de nuit dans une chapelle particuliere par le miniſtere d'un prêtre inconnu, avoit été condamné à être décapité; & avant la prononciation & l'exécution de l'arrêt, il fut ordonné que la célébration du mariage ſeroit réitérée en face d'égliſe, afin de réparer l'honneur de la fille, ce qui ayant été fait, le raviſſeur fut conduit au ſupplice; ce que je n'oſe pourtant affirmer, parce que je ne le ſçais que pour l'avoir entendu dire: c'eſt pourquoi j'aime mieux attendre ſur ce ſujet la déciſion du parlement, que de rien préjuger ſur une choſe de cette importance.

11. Mais quand il n'y a eu aucun prêtre qui ait célébré le mariage, & que l'on allegue ſimplement qu'il y a eu une promeſſe de mariage faite en cachette & ſans écrit, alors j'eſtime que ſi on la dénie, cette ordonnance y doit avoir lieu, & que l'on doit rejetter la preuve par témoins, parce qu'il s'agit d'un ſimple pacte, qui n'eſt point appuyé par le miniſtere d'aucun prêtre.

---

matrimonium reprobari nolunt, *a* correctâ legum civilium antiquâ inſtitutione, quæ tales nuptias nunquam probabat. *b*

Et certè memini audiviſſe à majoribus noſtris, antiquitùs latum fuiſſe à ſacro ſenatu Pariſienſi arreſtum, quo quidam nobilis, qui nobilem quandam puellam è ſinu parentum voluntariè rapuerat, & in privato ſacello noctu per ignotum presbyterum deſponſaverat, capite damnatus fuit: quo etiam antequàm pronunciaretur vel exequeretur capitis judicium, ſenatus præcepit deſponſationem in facie eccleſiæ publicè fieri, ut ſubornatæ puellæ ſalvus maneret pudor: deinde ſacris peractis, raptor ad ſupplicium ductus fuit. Quod tamen firmare non audeo, cùm ex auditu tantùm habuerim. Itaque hujus articuli malo ſupremorum ſenatuum judicium expectare, quàm in tantâ re temerè judicare.

11. Sed quandò nullus omnino intervenit ſacrificus, at prætenditur tantùm privata pactio & promiſſio de nubendo, privatim & ſinè ſcriptis, tunc puto quod, ſi denegetur, huic legi ſubjacere debebit, & teſtium probatio rejici, ex ratione iſtius conſtitutionis, cùm ſit ſimplex pactum, nullo ſacro miniſterio firmatum.

a *Cap. Cùm ceuſa cap. ſufficiat. extr. de Rap. & dict. Cap. Cùm inhibitio, de cland. Deſp.*

b §. 1. *Inſt. de Nupt. l. 2, ff. de Rit. nupt.*

12. En l'année derniere l'official de la primatie de Bourges ayant un appel à juger d'une ſentence rendue par l'official de Cahors, il apporta le procès à Poitiers pour le conſulter & le faire juger, peut-être parce que les juges de Bourges avoient été récuſés : or dans cette cauſe, il s'agiſſoit d'un marchand de la ville de Toulouſe, qui avoit mis en fait qu'une jeune veuve de la ville de Cahors lui avoit promis dans un certain jardin, & même depuis dans une maiſon, en préſence de quelques témoins, de contracter mariage avec lui, & que même il lui avoit envoyé quelques petits préſens de nôces, ce que cette veuve (qui étoit déja remariée à un autre) dénioit ; l'official de Cahors ayant vu la dépoſition des témoins, l'avoit déchargée de cette prétendue promeſſe de mariage, de laquelle ſentence il y avoit eu appel. Cette cauſe d'appel ayant été propoſée & expliquée devant MM. Rouſſel, de Reys, Baron & Bouchet, célèbres & anciens avocats de ce ſiége, avec leſquels j'étois, l'avis de tous fut de confirmer la ſentence, non ſeulement parce que la preuve teſtimoniale ne paroiſſoit pas complette, mais encore parce que ce fait de ſimple promeſſe de mariage nous parut être un des cas compris dans la prohibition de l'ordonnance de Moulins.

---

12. Et cùm ſuperiori anno domini judex primatiæ archiepiſcopi Bituricenſis cauſam appellationis ab officiali Cadurcenſi judicandam haberet, in hanc civitatem proceſſum attulit deliberandum, & judicandum, quià forsàn recuſati erant Bituricenſes judices. In hâc ergo causâ, quidam mercator Toloſanus afferebat juvenem quandam viduam Cadurcam verba matrimonii ſibi dediſſe in quodam horto, & etiam in domo, præſentibus nonnullis teſtibus & jocaria nonnulla prædictæ viduæ miſiſſe & donaſſe, quod denegabat vidua, quæ jam alteri nupſerat. Judex Cadurcenſis, viſis probationibus, viduam à fœdere matrimonii ſuâ ſententiâ dimiſerat : appellatum fuerat. Hâc appellationis causâ à dicto domino judice Bituricenſi propoſitâ & enarratâ dominis Roſſello, Reiſio, Baroni, & Bocheto (hujus ſedis celebribus & veteranis advocatis) quibuſcum aderam : viſum fuit, ſuperius firmare judicium, non tantùm quòd imperfecta videretur teſtium probatio, ſed etiam quòd hæc ſimplex pactio hoc edicto Moſinæo comprehenſa videretur.

ADDITIONS

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE V.

SOMMAIRE.

1. *Des trois eſpeces de mariages clandeſtins dont parle Boiceau dans ce chapitre.*
2. *Dans les deux premiers, la preuve par témoins n'eſt pas admiſe.*
3. *Raiſon tirée de l'ordonnance de* 1639.
4. *Le mariage contracté entre majeurs ſans ſolemnités, eſt nul.*
5. *Exception de Boiceau à l'égard des deux premieres eſpeces de mariages, quand il y a eu cohabitation.*
6. *La juriſprudence a changé depuis le concile de Trente & l'ordonnance de Blois.*
7. *Difficultés quand les conjoints ont été mariés par un prêtre qui n'étoit pas leur propre curé.*
8. *Irréſolution de Boiceau ſur cette queſtion, ne doit plus faire de difficulté à préſent.*
9. *Du mariage ſecret, & du mariage fait* in extremis.
10. *Le mariage ſecret ne peut faire de difficulté.*
11. *Le mariage fait* in extremis, *eſt d'ordinaire prouvé par écrit.*
12. *Citation par l'official,* ſuper fœdere matrimonii conſummati, *n'a plus lieu.*
13. *Opinion de Brodeau quand il y a eu cohabitation.*
14. *Raiſons contraires à cette opinion.*
15. *Quelle doit être la preuve par témoins du mariage, dans les cas où elle eſt admiſſible.*
16. *Quelles ſont les marques de clandeſtinité d'un mariage; cas où la preuve eſt admiſe.*
17. *Diſtinction quand on articule un ſecond mariage célébré dans les formes au préjudice d'un premier.*
18. *Si le nombre de deux témoins ſuffit pour prouver la vérité d'un mariage.*
19. *Obſervation ſur le concile de Trente & ſur les ordonnances à cet égard.*
20. *Opinion que le témoignage de quatre témoins eſt requis.*

21. *Raiſons pour cette opinion.*

22. *Inconvénient, ſi le témoignage de deux témoins ſuffiſoit.*

23. *Opinion des docteurs, qu'un ſeul témoin ſuffit pour prouver la vérité d'un mariage.*

24. *Eſpece de la déciſion* 173. Capellæ Tholoſ.

25. *Réponſe à cette déciſion.*

26. *La poſſeſſion ſeule ſuffit quelquefois pour faire décider de la vérité d'un mariage.*

1. BOICEAU dans ce chapitre fait trois eſpeces de mariages clandeſtins.

La premiere, quand il n'y en a aucune preuve, ni par témoins, ni par écrit; & ce mariage ne pouvant par conſéquent être réputé un mariage, comme il dit, ne peut auſſi faire aucune difficulté.

La ſeconde, quand un enfant de famille promet mariage par paroles de préſent, en cachette & à l'inſçu de ſes parens, & qu'il donne des arrhes de ſa promeſſe, ou même quand ce mariage eſt célébré en cachette hors l'aſſemblée des parens dans une chapelle privée; ce qui tombe dans le crime de rapt.

La troiſieme, quand deux perſonnes majeures & uſans de leurs droits, ſe ſont promis mariage par paroles de préſent, ſans obſerver aucune des cérémonies de l'égliſe, & que ce mariage n'a point été rendu public enſuite par l'une des trois manieres en laquelle il ſoutient qu'un mariage doit être réputé public, (ſçavoir par promeſſes de mariage faites depuis par paroles de préſent dans l'aſſemblée des parens, ou quand le mariage a été réitéré en face d'égliſe devant le propre curé, ou qu'il y a eu cohabitation en qualité de mari & de femme.) [*]

2. Boiceau décide avec raiſon que la preuve par témoins de ces deux dernieres eſpeces de mariage, ne doit point être admiſe.

3. A quoi il faut ajoûter que l'article 3 de l'ordonnance de 1639, ayant depuis défendu le mariage entre le raviſſeur & la fille ravie, nonobſtant le conſentement par elle donné au mariage, après qu'elle eſt remiſe en liberté,

[*] La conſtruction de cette phraſe pourroit paroître un peu obſcure : ce que nous avons renfermé entre deux crochets explique les trois manieres par leſquelles Boiceau prétend qu'un mariage peut être rendu public.

ſi ce n'eſt qu'elle fût majeure, la preuve de ce mariage ſeroit inutile, parce que ce mariage eſt nul.

4. A l'égard du mariage contracté par des majeurs, ſans obſerver aucunes ſolemnités, il eſt auſſi déclaré nul par l'article 40 de l'ordonnance de Blois, laquelle les a preſcrites ſous cette peine.

5. Boiceau ajoûte une exception à l'égard de ces deux eſpeces de mariages, ſçavoir, quand il y a eu enſuite cohabitation entre ceux qui ſoutiennent qu'ils ſont mariés; parce que, dit-il, cette cohabitation qui a ſuivi, doit faire admettre plus aiſément la preuve par témoins du mariage pour éviter le ſcandale. Cette cohabitation étant, à ce qu'il ajoûte, une préſomption juridique du mariage; ſi, outre cela, il eſt prouvé qu'il y a eu auparavant une promeſſe de mariage par paroles de préſent.

6. Mais, comme il a été dit, cette juriſprudence n'a plus lieu depuis le concile de Trente & l'ordonnance de Blois, ſuivant leſquels on n'a plus d'égard en France aux mariages préſumés par la cohabitation, non plus qu'en Italie, comme a remarqué Brodeau ſur M. Louet, lettre M, n. 6, où il traite amplement cette matiere, quoique Cabaſſutius *in Theoriâ Jur. can. l.* 3, *c.* 17, l'accuſe de n'avoir pas lu tous les peres & les théologiens qu'il cite au ſujet de la bénédiction nuptiale [*].

7. Boiceau propoſe enſuite la difficulté que l'on faiſoit de ſon tems, de ſçavoir ſi la preuve par témoins devoit être reçue, au moins dans le cas auquel les parties avoient été mariées par un prêtre qui n'étoit pas leur propre curé; parce qu'en ce cas, ce mariage, quoiqu'abuſif, ne laiſſoit pas d'être regardé en ce tems-là, comme un mariage

[*] Les mariages clandeſtins étant nuls ſuivant l'ordonnance, il ſeroit inutile d'admettre à la preuve par témoins de pareils mariages: ainſi la queſtion de la cohabitation ne peut avoir lieu à cet égard; mais s'il s'agiſſoit d'un mariage légitime, que les parties prétendiſſent avoir été mariées ſelon les formalités preſcrites, & que l'acte de célébration de leur mariage eût été perdu ou qu'il n'y eût pas eu de regiſtre, la cohabitation publique, en qualité d'homme & de femme, ſeroit une poſſeſſion d'état, qui devroit les faire admettre à la preuve par témoins, ainſi que nous avons vu ci-deſſus.

On peut admettre la preuve par témoins au ſujet de la clandeſtinité d'un mariage; c'eſt ce que la cour a jugé par arrêt rendu en la grand-chambre, le 29 Mars 1737, ſur les concluſions de M. l'avocat général Gilbert. La dame d'Inxfort articuloit que le mariage des ſieur & dame Wauſin avoit été clandeſtin; elle offroit de le prouver par témoins; & la cour admit cette preuve.

indiſſoluble, & il n'oſe ſe déterminer ſur ce ſujet, à cauſe de l'autorité des canons, qui ne déclarent point ce mariage nul.

8. Mais ce doute de Boiceau ne doit plus faire de peine à préſent ; car, quoiqu'il y ait eu une bénédiction nuptiale, ce n'eſt point un mariage quand cette bénédiction eſt clandeſtine, & que ce n'eſt point le propre curé qui l'a donnée.

Boiceau inſinue néanmoins que ſon ſentiment, en ce cas, ſeroit de refuſer la preuve par témoins, à cauſe que le prêtre, & les témoins qui ont aſſiſté à ce mariage clandeſtin, paroiſſent avoir été ſubornés à cet effet, & qu'ainſi leur témoignage doit être rejetté ; ce qui eſt fondé en grande raiſon.

9. Il y a deux autres eſpeces de mariages dont Boiceau n'a point parlé ; la premiere eſt le mariage ſecret, dans lequel les conjoints ont gardé toutes les ſolemnités requiſes par les conciles & par les ordonnances, & lequel néanmoins ils ont affecté de tenir caché au public, lors de la célébration, au moyen d'une diſpenſe de bans, & même pendant toute leur vie, ſans prendre publiquement la qualité de mari & femme ; la deuxieme eſt le mariage fait *in extremis*, par un malade, avec celle qu'il a entretenue comme ſa concubine durant ſa vie.

10. Pour ce qui eſt du mariage ſecret, il ne peut faire difficulté au ſujet de la preuve par témoins, puiſqu'en ſuppoſant qu'il a été célébré dans les formes, cela ſuppoſe qu'il y en a par conſéquent une preuve par écrit par un acte de célébration [*].

11. Le mariage fait *in extremis*, eſt auſſi d'ordinaire prouvé par écrit, parce que dans cette extrémité, on ne

[*] L'ordonnance de 1639, art. 5, condamne les mariages ſecrets, comme reſſentant plutôt la honte du concubinage, que la dignité du mariage, & les prive des effets civils. Il faut bien prendre garde de confondre les mariages *ſecrets* avec les mariages *clandeſtins*. Les mariages ſecrets ſont ceux qui, contractés avec toutes les formalités requiſes par les loix civiles & eccléſiaſtiques, n'ont d'autre vice que d'avoir été tenus cachés juſqu'à la mort de l'un des conjoints par un extérieur contraire à l'état du mariage, contre le reſpect qui eſt dû à un ſi grand ſacrement. Les mariages clandeſtins ſont ceux où les formalités n'ont pas été obſervées. La preuve qu'un mariage a été ſecret ſe tire de diverſes circonſtances ; par exemple, ſi le mari & la femme ont eu une habitation ſéparée, un nom différent ; ſi la femme a agi comme fille majeure, ou mineure. Ces circonſtances l'emportent ſur la publicité qu'on prétendroit faire réſulter de la publication des bans. Il n'arrive que trop ſouvent qu'ils ſont pu-

manque pas, autant qu'il eſt poſſible, de faire un acte de célébration, quoique cet acte ſoit ſouvent ſuſpect de fraude, auſſi-bien que la foi des témoins qui y ont ſigné, quand ce ne ſont pas les parens de l'un & de l'autre des conjoints qui y aſſiſtent, & ſur-tout quand ce n'eſt pas le propre curé qui a célébré le mariage, auquel cas il eſt nul [*] & clandeſtin : au ſurplus la preuve par témoins n'en eſt pas même recevable, s'il n'a pas été célébré dans les formes.

12. Au reſte, il faut obſerver que, ſi un homme a abuſé d'une fille ſous la foi d'une promeſſe de mariage, il ne peut plus être cité par elle devant l'official, pour ſe voir condamner à achever le mariage commencé, comme cela ſe pratiquoit autrefois, parce que cette promeſſe & cette cohabitation ne tiennent plus lieu à préſent de préſomption de mariage entr'eux.

13. M. Louet, lettre M. n. 26, en rapporte un arrêt du

bliés de maniere à n'être pas entendus. Il en faut dire autant de l'obſervation des autres formalités preſcrites par l'ordonnance, comme la préſence du propre curé, la célébration à l'égliſe paroiſſiale, &c. Car, dans les grandes villes ſur-tout, on trouve le moyen d'échapper à la vue du public, quoiqu'en obſervant ces formalités.

[*] Le mariage fait *in extremis*, eſt toujours nul quant aux effets civils, ainſi que le décide l'ordonnance de 1639, article 6. L'édit de 1697, art. 8, porte la même diſpoſition. Trois choſes ſont eſſentielles pour qu'un mariage ſoit cenſé fait *in extremis*; 1° que l'une des deux parties ſoit à l'extrémité; 2° que l'autre ait été ſon concubin, ou ſa concubine; 3° qu'il ſoit évident qu'il ne l'auroit jamais épouſé ſans la circonſtance de la mort prochaine.

Une perſonne n'eſt *in extremis*, que, lorſqu'au tems qu'elle contracte un mariage précédé d'un commerce criminel, elle eſt atteinte d'une maladie mortelle. Dumoulin donne juſqu'à vingt jours de vie au moribond contractant. La juriſprudence a étendu ce terme juſqu'à *in-quante-quatre jours*, & *deux mois*, pour regarder comme fait à l'extrémité de la vie, tout ce que le moribond a fait dans une maladie mortelle.

Un pulmonique, ou un hydropique ne ſont pas cenſés *in extremis*, lorſque ces maladies ne ſont pas à leur dernier période; car, quoique mortelles, elles n'ont pas un trait prochain à la mort; elles peuvent durer pluſieurs années. M. Potier, Cout. d'Orl. note ſur l'article 297.

Un mariage fait par une femme en couche, lorſqu'il n'y a aucun accident extraordinaire, n'eſt pas cenſé fait *in extremis*, quoique, peu après qu'il a été contracté, il en ſoit ſurvenu qui aient cauſé ſa mort, parce que cet état, quoique dangereux, eſt plutôt un état naturel, qu'une vraie maladie.

Danty dit que le mariage *in extremis* eſt d'ordinaire prouvé par écrit, parce qu'on ne manque pas de faire un acte de célébration; mais il peut ſe faire que cet acte énonce ſeulement qu'il y a eu une célébration de mariage, & ne diſe pas en quelle ſituation étoient les parties contractantes, ce qu'il s'agit de prouver: or dans ce cas la foi dûe à l'acte n'empêcheroit pas qu'on ne fût reçu à la preuve que le mariage a été fait *in extremis*, & que par conſéquent il eſt nul ſuivant l'ordonnance. Cette preuve ſe peut faire par témoins & par le moyen d'une enquête; car il s'agit ici d'un fait dont on n'a pu ni dû ſe procurer la preuve par écrit.

mois de Février 1606, & Brodeau en ajoûte plusieurs autres ; mais il dit que, quoique l'official ne puisse décerner une citation, *super fœdere matrimonii consummati*, il peut pourtant, en jugeant la cause *super nudo fœdere*, recevoir la preuve par témoins du fait de la copule, comme étant (ajoûte-t-il) une circonstance puissante & décisive pour pouvoir condamner les parties à célébrer le mariage ; & il rapporte un arrêt du 18 Août 1628, qui ordonne cette preuve.

14. Mais il semble que cela ne doit plus avoir lieu, & que la preuve par témoins ne doit plus être admise, du moins à l'effet de pouvoir condamner ensuite les parties à s'épouser, puisque quand la cohabitation seroit prouvée, l'official ne pourroit encore condamner les parties à s'épouser, si elles le refusent, parce qu'il n'est pas véritable que le mariage soit commencé par la promesse de le contracter ni par la cohabitation qui a suivi ; ce seroit autoriser les mariages présumés qui ont été rejettés & condamnés par l'ordonnance de Blois, qui a prescrit les solemnités nécessaires dans les mariages, & qui n'en reconnoît point d'autre espece que ceux dans lesquels elles ont éte observées ; & ce seroit blesser la liberté du consentement qui y est requis, laquelle doit être inviolable ; en un mot, la débauche ne doit pas être un degré pour parvenir à un sacrement ; aussi en ce cas la cour ne condamne plus les parties à s'épouser, comme avant le concile de Trente & l'ordonnance de 1639, parce qu'elle ne regarde plus ces sortes de conjonctions comme des mariages commencés ; & ainsi les parties étant libres, même après la cohabitation, elle ne croit pas avoir l'autorité de forcer leur consentement : que si on oppose que la cohabitation peut faire présumer que ce consentement est déja intervenu, parce qu'elle en est souvent une suite, il est aisé de répondre que cette cohabitation est encore plus souvent une présomption de la débauche, & qu'il seroit trop dangereux de l'admettre comme une preuve du consentement au mariage. Enfin l'ordonnance & le concile ayant requis des solemnités essentielles pour la preuve de ce consentement, il n'est pas permis de se déterminer en ce cas par des présomptions.

15. Enfin, quoiqu'il ne s'agiſſe pas dans ce Traité de ſçavoir comment ſe doit faire la preuve par témoins, mais ſeulement quand elle eſt admiſſible, ou non; néanmoins la matiere qui concerne les mariages eſt ſi importante, qu'il ne ſera pas hors de propos de toucher ici une queſtion qui peut faire beaucoup de difficulté, pour ſçavoir de quelle qualité doit être la preuve par témoins pour juſtifier la vérité d'un mariage dans les cas auxquels elle eſt admiſſible.

16. Et comme cette difficulté ſe rencontre particuliérement dans les mariages que l'on accuſe de clandeſtinité, il faut examiner quelles ſont les marques de la clandeſtinité du mariage; M. le Preſtre, dans le ſçavant Traité qu'il a fait ſur ce ſujet, en remarque pluſieurs, ſçavoir, quand il n'y a point eu de contrat de mariage; qu'il y a inégalité entre les conjoints, quand les pere & mere n'ont point ſigné l'acte de célébration; que la femme n'a point été admiſe à la table de ſon mari, ou qu'il n'y a point eu de bans publiés. A l'égard du défaut de la publication de bans, & du défaut de ſignature de pere & mere, & de l'acte de célébration entre mineurs, le mariage eſt nul. A l'égard des autres marques de clandeſtinité, ce ſont de ſimples préſomptions qui ne ſont pas de droit, & autoriſées par le droit; & ainſi la preuve du contraire eſt admiſſible: ainſi un homme peut épouſer légitimement ſa ſervante; il peut ne l'admettre point à ſa table; il peut avoir été marié légitimement ſans publication de bans, s'il eſt majeur, ſans que le mariage ſoit clandeſtin, pourvu que dans la ſuite il ait déclaré ſon mariage publiquement, & qu'il ait pris la qualité de mari, & donné la qualité de femme à celle qu'il a épouſée, ſur-tout quand l'acte de célébration paroît: que s'il ne paroît pas, & que néanmoins ces marques de clandeſtinité ſoient combattues par d'autres préſomptions de mariage auſſi fortes, & par des actes authentiques dans leſquels les conjoints ont pris la qualité de mari & femme; en ce cas, la preuve par témoins peut être admiſe, ſuivant les circonſtances, à cauſe du commencement de preuve par écrit, ſuivant la diſtinction marquée dans le chapitre précédent.

17. Mais on demande combien il faudra de témoins

pour prouver la vérité du mariage en ce cas, c'eſt à-dire, quand l'acte de célébration ne paroît pas : il faut diſtinguer ; ſçavoir ſi ceux qui conteſtent la vérite du mariage, articulent qu'il y a eu un autre mariage célébré poſtérieurement à celui qui eſt conteſté ; car ſi le mariage poſtérieur eſt célébré dans les formes, ce ſecond mariage devient une préſomption, ou que le premier n'a point été contracté, ou qu'il ne l'a pas été valablement, la loi ne préſumant pas la bigamie, qui eſt un crime : ainſi, en ce cas, c'eſt à celui qui articule qu'il y a eu un premier mariage, à le prouver ; & cette preuve lui peut être accordée, ſans qu'on puiſſe dire que ce ſoit admettre la preuve par témoins contre la preuve par écrit, qui réſulte de l'acte de célébration du ſecond mariage, parce que, comme il a été dit, en matiere de mariage, il en faut toujours revenir à la vérité, ſur-tout quand on allégue un empêchement dirimant, tel qu'eſt un premier mariage à l'égard du ſecond, lequel, tant que les conjoints ſont en vie, ne ſe peut couvrir.

18. La queſtion ſe réduit donc à ſçavoir, ſi dans le cas où il n'y a point de regiſtre, ou quand l'acte de célébration du mariage ne s'y trouve point inſéré, & qu'il y a d'ailleurs un commencement de preuve par écrit, ſuffiſant pour en faire admettre la preuve par témoins, le nombre de deux témoins doit ſuffire, ſuivant le concile de Trente, ou s'il en faut quatre, ſuivant l'ordonnance de 1639, & celle de 1667 pour en prouver la vérité.

20. Sur quoi il faut obſerver que, quoique le concile de Trente n'ait requis que deux ou trois témoins du mariage, ſuivant la parole de Dieu même, *In ore duorum vel trium teſtium ſtet omne verbum*, néanmoins on peut dire que le concile n'a point entendu parler du cas dont il s'agit ; car dans le même endroit, il ordonne qu'il ſera fait un regiſtre fidele du mariage : or, quand il y a un regiſtre, & que l'acte de célébration y eſt inſéré, ſigné des témoins & du curé, il ne faut point d'autre preuve du mariage ; ce qui eſt conforme à nos ordonnances.

Levitic.

21. Mais, ſi dans le cas même du concile, c'eſt-à-dire, quand il y a un regiſtre des mariages, nos ordonnances ont requis que l'acte de célébration ſoit ſigné de quatre

témoins

témoins, deux du côté du mari, deux du côté de la femme; à plus forte raiſon, il faut, ce ſemble, auſſi quatre témoins pour prouver la vérité du mariage, quand il n'y a point de regiſtre ou point d'acte de célébration; & ce nombre de quatre témoins requis par l'ordonnance, paroît fondé ſur ce qu'il s'agit, en cas de mariage, de la preuve de deux faits tout différens, qui doivent tous deux être prouvés ſéparément pour conclure certainement qu'il y a eu un mariage. Le premier fait eſt le conſentement de chacun des deux futurs conjoints, ſans lequel conſentement il ne peut y avoir de mariage entr'eux; & ce conſentement doit être prouvé de la part de chaque conjoint, par le témoignage de deux de ſes parens & amis. De plus, il ne ſuffit pas que chacun des conjoints conſente au mariage, pour qu'il y ait un mariage entr'eux, ſi l'un & l'autre ne ſont certains de l'acceptation réciproque de leur conſentement: ainſi il faut qu'il y ait deux témoins du côté du mari, qui dépoſent de l'acceptation que la femme a faite du conſentement donné par le mari, & qu'il y ait pareillement deux témoins du côté de la femme, qui dépoſent auſſi que le mari a accepté le conſentement de la femme; car c'eſt dans cette acceptation réciproque que conſiſte proprement l'union indiſſoluble du mariage, ainſi que marque le catéchiſme du concile de Trente, *de matrimonio*; & c'eſt par conſéquent de la preuve de ces deux faits, que dépend de ſçavoir s'il y a un mariage ou non.

22. Outre que s'il ſuffiſoit de deux témoins pour aſſurer la vérité d'un mariage, il s'enſuivroit qu'il n'y auroit qu'un témoin requis de la part de chaque conjoint pour certifier qu'il y auroit conſenti; ce qui ne doit pas être admis, parce qu'il eſt certain, 1°, que *Unus teſtis nullus teſtis*; 2° ce ſeroit ouvrir une porte au rapt de ſéduction, en renfermant toute la certitude de ce conſentement dans la dépoſition d'un ſeul témoin que l'on pourroit aiſément corrompre de la part du raviſſeur. Et c'eſt en apparence, dans cette vue que l'ordonnance de 1629, dans l'article 40 ci-deſſus cité, après avoir défendu la preuve par témoins des mariages, *fors & réſervé entre perſonnes de village & de baſſe & vile condition*, a ajouté que même en ce cas, la preuve n'en pourra être admiſe que par le témoignage des

plus proches parens de l'une & de l'autre des parties, & au nombre de ſix pour le moins; & quoique cette ordonnance ne ſoit pas obſervée, néanmoins cette diſpoſition, à l'égard de la qualité des témoins qui doivent être les plus proches parens, & à l'égard du nombre, ne laiſſe pas de marquer aux juges de quelle importance il eſt de ne point décider ſur la vérité d'un mariage, s'il n'y en a pas une preuve complette & légitime [*].

23. Il eſt vrai que les docteurs ont prétendu autrefois qu'un ſeul témoin ſuffiſoit pour prouver la vérité d'un mariage.

24. Telle eſt l'eſpece de la déciſion 173. *Capel. Tholoſ. Item fuit quæſitum an unus teſtis cum formâ probet matrimonium factum & contractum : concluſum fuit quod ſic.*

25. Mais outre que ces déciſions ſont plus anciennes que nos ordonnances, qui ont requis quatre témoins pour aſſiſter à la célébration d'un mariage, puiſque les notes

[*] L'opinion que tient ici Danty, qu'il faut quatre témoins pour prouver la vérité du mariage à défaut des regiſtres, eſt particuliere à cet auteur, & il ne l'appuie pas ſur des raiſons bien ſolides. Eſt-il bien vrai d'abord qu'il s'agiſſe ici de deux faits tous différens ? Le conſentement réciproque des deux futurs, & l'acceptation de ce conſentement ne rentrent-ils pas l'un dans l'autre ? En effet ces deux choſes ſe ſuppoſent mutuellement ; & d'abord que tous les deux ſe donnent leur conſentement l'un à l'autre, il s'enſuit néceſſairement que l'un accepte celui de l'autre : ainſi il n'eſt pas plus queſtion, dans ce contrat, de deux faits différens, que dans tous les autres. Il eſt néceſſaire ici, comme ailleurs, de deux volontés, mais qui concourent toutes les deux à un conſentement mutuel. Il n'eſt donc pas queſtion de deux faits différens ; & quand cela ſeroit, où a-t-il vu que le témoignage de deux témoins n'étoit pas ſuffiſant, parce qu'ils dépoſent de pluſieurs faits, lorſque leur dépoſition ſur ces différens faits, eſt une, conſtante & uniforme. « Il s'enſuivroit, » dit-il, qu'il n'y auroit qu'un témoin » requis de la part de chaque conjoint » pour certifier qu'il y auroit conſenti. » Il ne faut pas conſidérer ici les conjoints chacun en leur particulier, mais comme réunis tous les deux par le tems, par le lieu & par le fait ; par conſéquent, ce que chaque témoin dépoſe de l'un, il le dépoſe de l'autre. Leur dépoſition même les embraſſe néceſſairement tous les deux, puiſqu'elle frappe ſur leur union. De ce que l'ordonnance veut que quatre témoins ſoient préſens à la célébration, & qu'ils en ſignent l'acte, nulle conſéquence que la dépoſition de quatre témoins ſoit néceſſaire au défaut de l'acte : les deux cas ſont bien différens. Dans le premier, il eſt facile de ſe procurer autant de témoins que l'on veut ; cela eſt à la diſpoſition des parties : dans le ſecond, au contraire, loin qu'il ſoit au pouvoir des parties d'acquérir des preuves, celles qu'elles pouvoient avoir dépériſſent. Il ne faut donc pas appliquer la déciſion de l'ordonnance d'un cas à un autre, les raiſons n'étant pas les mêmes. Il faut quatre témoins dans le premier, puiſque cela eſt ainſi arrêté ; mais puiſqu'elle s'eſt tue dans le ſecond, il faut avoir recours au droit commun, qui eſt, que deux témoins ſuffiſent, lorſque la loi ne s'eſt pas expliquée autrement. *Ubi lex nihil definivit, duo ſufficiunt.*

d'Anfrerius ſur ces déciſions, ſont de l'année 1483 ; il eſt à remarquer que, dans cette eſpece, l'on ne reçut le témoignage d'un témoin ſeul, que parce qu'il étoit conforme à la publique renommée : ce qui marque que la poſſeſſion du mariage étoit publique.

26. Or il peut y avoir des cas où la poſſeſſion ſuffit ſeule pour décider de la vérité d'un mariage, quand elle n'eſt point détruite par des preuves contraires, comme il a été jugé dans l'eſpece rapportée au chapitre précédent.

CHAPITRE VI.

Des Conventions matrimoniales.

SOMMAIRE.

1. *Si l'Ordonnance de Moulins a lieu à l'égard des conventions du mariage.*
2. *Raiſons pour prouver qu'elle n'y devroit avoir lieu.*
3. *Diſtinction ſur ce ſujet.*
4. *Objections ſur cette diſtinction.*
5. *Réponſes à ces objections.*
6. *Concluſion.*
7. *Si cette concluſion doit être étendue aux mariages contractés clandeſtinement.*

1. APRE'S avoir expliqué la queſtion qui regarde la ſimple promeſſe & le lien du mariage ; que dirons-nous des autres conventions qui l'accompagnent, comme de la conſtitution de dot, de la donation à cauſe de nôces, que l'on appelle communément le *douaire*, de la *communauté*, de la

1. EXPEDITA ergo quæſtione de mero & ſimplici fœdere matrimonii, quid de cæteris pactis matrimonialibus, quæ tamen reſpiciunt matrimonium, ut dotis conſtitutio, donationis propter nuptias, (quam vulgò doarium appellamus) aſſignatio, ſocietatis conventio, re-

renonciation, & autres pactes que l'on a coutume de ſtipuler dans les mariages ? Peut-on les prouver par témoins, ſuivant cette ordonnance ?

2. Ce qui ſembleroit devoir être ainſi, parce qu'ils doivent avoir la même faveur que le pacte principal, qui eſt la promeſſe de mariage, & le mariage même, dont ils ſont acceſſoires, & que, par conſéquent, ſuivant la maxime ordinaire, ils doivent être eſtimées de même nature, vu même que la conſtitution de dot eſt ſi privivilégiée, qu'en tout tems & en toutes ſortes d'occaſions elle eſt préférée à toutes les autres conventions, ſoit à celles qui regardent les particuliers, ſoit à celles qui regardent le public ; parce que l'Etat a plus d'intérêt, en quelque ſorte, que la dot ſoit conſervée aux femmes, qu'elles n'y ont d'intérêt elles-mêmes, comme il eſt remarqué en pluſieurs endroits dans la loi civile & dans les canons. Or, ſi la célébration d'un mariage, qui eſt devenue publique, ou parce qu'elle a été faite en préſence des parens, ou en face d'égliſe, ou parce que la cohabitation a ſuivi, peut être prouvée par témoins, quoiqu'il n'y en ait aucun acte par écrit ; il s'enſuit, par identité de raiſon, qu'il faut dire la même choſe à l'égard de la dot & des autres conven ions.

3. Mais pour moi, je croirois qu'il faut diſtinguer ſur cette queſtion ; car, ou les conventions du mariage ont été conclues & arrêtées dans la même aſſemblée des parens,

---

nuntiatio, cæteraque pacta in matrimoniis fieri ſolita, nunquid etiam teſtibus probari poterunt, non obſtante hâc lege regiâ ?

2. Quod dicendum videretur : cùm ejuſdem favoris cenſeantur cum principali pacto & fœdere matrimonii, cujus ſunt acceſſoria, & ideò ejuſdem naturæ judicari debeant, jure vulgatiſſimo : *a* Imò dotis conſtitutio tanto gaudeat privilegio ut ſemper & ubique præcipua, & omnibus pactionibus tàm privatis quàm publicis anteponenda : cum publicæ rei, magis quàm privatæ, interſit dotes mulieribus ſemper conſervari, ut paſſim legibus tam civilibus quàm canonicis clamatur. *b* Si ergò per teſtes matrimonii confectio, publica, aut cœtu parentum, aut cœtu eccleſiæ, aut vicinali cohabitatione cum copulâ, probari etiam ſine ſcriptis poſſit, ergò idem de dote conſtitutâ, aliiſque pactis ſequitur concludendum, ex identitate rationis. *c*

3. Ego verò ſuper hâc quæſtione ità diſtinguendum putarem : nam aut in eodem cœtu & conventione, in quibus eſt initum fœdus matri-

a Cap. Acceſſorium. de Reg. Jur. in 6.

b L. 1, ff. Solut. matr. l. Aſſiduis, C. qui potior. in l. pro oneribus, C. de jur. dot. Cap. Salubriter. extr. de Uſur.

c L. Illud, ff. ad Leg. A.

dans laquelle la promeſſe de mariage a été donnée réciproquement entre les parties, comme j'ai vu ſouvent pratiquer entre gens de la campagne, leſquels, au même tems que les parens communs étoient aſſemblés pour la célébration du mariage devant le curé, les parens convenoient de la dot, & des autres clauſes du contrat de mariage ſur le champ, & en telle ſorte qu'il n'y avoit aucun intervalle entre le mariage & le contrat de mariage; & en ce cas, puiſqu'il eſt permis, comme il a été dit, de prouver le mariage même par témoins, il faut auſſi permettre de prouver les autres conventions par témoins, quand elles ont été arrêtées en même tems, parce que ce n'eſt qu'un ſeul & même acte, & qu'il ne doit pas ſe régler diverſement.

Que ſi les conventions ont été faites par un acte ſéparé de celui de la célébration du mariage: par exemple, dans l'aſſemblée des parens, les parties ſe ſont promis mariage, & ont été mariés par le curé; mais on n'eſt point lors convenu de la dot & des autres conventions, comme il ſe pratique ſouvent entre les payſans; ou même ce mariage a été célébré en face d'égliſe, mais on n'a rien arrêté ſur les clauſes du contrat de mariage; on articule ſeulement qu'un certain jour, devant ou après les fiançailles, les parties ſont convenues de la conſtitution de la dot, & autres clauſes du contrat de mariage, leſquelles néan-

---

monii, inita quoque dicuntur pacta matrimonalia, ut ſæpè vidi inter ruſticos in eodem parentum conventu fieri per parochum ſeu paſtorem affidationes, & eodem colloquio dotis promiſſiones, aliaſque conventiones, adeò ut nulla ſit diſcontinuatio fœderis matrimonialis à cæteris conventionibus. Et tunc, datâ facultate probandi per teſtes fœdus matrimonii, eadem erit facultas in probandis cæteris pactis matrimonialibus uno continuato ſermone & colloquio peractis: cùm unus & idem continuus & inſeparabilis actus dicatur, ideò diverſo jure cenſeri non poteſt. *a*

Aut verò pacta matrimonialia ſeorsùm & diverſo actu à fœdere nuptiali inita dicuntur. Exempli gratiâ, in cœtu parentum factæ fuerunt nubendi promiſſiones, & per curatum affidationes, de dote autem aliiſque pactis nihil prorsùs dictum, ut ſæpè faciunt ruſtici: vel etiàm in facie eccleſiæ celebratum eſt matrimonium, de aliis autèm pactis nihil dictum, ſed prætenditur quòd certâ die, antè vel poſt affidationes, vel ſponſalia, partes convenerunt pro dote conſtituendâ, aliiſque pactis con-

a L. continuus, ff. de v. obl. §. l. Duos, §. fin. ff. de duobus reis & not. in l. Ratum, ff. de Sol.

moins n'ont point été rédigées par écrit ; mais le mari veut les prouver par témoins : je dis qu'en ce cas le mari ne peut être admis à faire cette preuve, ſi ces conventions excèdent la ſomme de cent livres, & qu'il doit être débouté, ſuivant cette ordonnance par deux raiſons ; la premiere, parce que c'eſt ſa faute de ce qu'ayant voulu faire un contrat touchant une choſe civile & profane, il a mépriſé la formalité qui lui étoit preſcrite par la loi ; la ſeconde, parce qu'il n'y a point d'inconvénient que le mariage ait été contracté ſans aucune conſtitution de dot ; car il eſt bien dit en droit, qu'il ne peut y avoir une conſtitution de dot, ſans qu'il y ait un mariage ; mais on a vu ſouvent des mariages ſans conſtitution de dot.

4. Et il ne ſert de dire que s'il n'eſt pas permis de prouver par témoins qu'il y a eu une dot promiſe depuis le mariage, les conjoints en ſouffriront beaucoup, parce qu'on verra ſouvent de jeunes gens deſtitués des choſes néceſſaires, & réduits à la pauvreté ; la dot étant deſtinée pour ſoutenir les charges du mariage.

5. Car on répond à cela que la loi leur donne en ce cas un ſecours fort aiſé ; parce que ſi la fille a un pere ou une mere, un tuteur ou un curateur, qui ſoient tenus de la doter, le mari peut faire aſſigner le pere, ou la mere (ſi elle retient les biens qui ſont échus à cette fille du côté

---

ficiendis, quæ tamen ſcriptis non patent, ſed vult maritus hæc pacta teſtibus probare : dico ad hoc admitti eum non debere, ſi libram centeſimam excedant hujuſmodi pactiones, huicque conſtitutioni ſubjici debere his rationibus. Unâ, quòd eis imputatur, quarè cùm de re merè civili & profanâ contrahere vellent, legis formam neglexerint : *a* Alterâ, quòd non inconveniens videatur, matrimonium ſine dote confici poſſe : nam jure acceptum eſt, dotem ſine matrimonio conſiſtere nunquam poſſe, *b* matrimonium autem ſine dote procedere ſæpiſſimè viſum eſt. *c*

4. Nec obſtat ſi dicatur, maximo damno conjunctos affici poſſe, ſi teſtibus dotem ſibi promiſſam fuiſſe probare non liceat, nam forſitan juvenes & pauperculi, rebus neceſſariis deſtituti videbuntur, & ad egeſtatem ſummam redacti, cùm pro oneribus matrimonii dotes conſtitui ſoleant.

5. *d* Nempe ad hoc reſpondetur, eos legis remedium paratiſſimum habere, ſcilicèt, ſi uxor patrem vel matrem habeat, vel tutorem, ſeu curatorem, quorum ſit officium filiam dotare, tunc eos conveniet ad hoc, ut pro officio paterno, *e* vel etiàm materno, ſi mater bona pa-

a *Not. in l. Si quando. C. de inoff. Teſt.*

b *L. 1, ff. de Cond. ob. cauſ. dat.*

c *L. 3, ff. de Jur. dot. l. fin. C. de Don. ante nupt. & in auth. de trienti & ſem. §. Sed nec coll. 4.*

d *L. Pr. oneribus, C. de Jur. dot.*

e *L. fin. C. de Dot. prom.*

de ſon pere) ou ſon tuteur, à ce qu'ils ſoient tenus de la doter, laquelle dot ſera conſtituée ſuivant les facultés du pere, & eu égard à la dignité du mari ; car il eſt ſans difficulté, que le pere, la mere, le tuteur ou protuteur, ſi la fille s'eſt mariée légitimement, c'eſt-à-dire du conſentement de ſes pere & mere, ſeront tenus de lui conſtituer une dot, comme il eſt vulgaire en droit. Que ſi cette fille s'eſt mariée ſans le conſentement de ſon pere, avant l'âge de vingt-cinq ans, le mari ne pourra demander aucune dot, parce que c'eſt ſa faute s'il n'a pas contracté un mariage légitime ; & après les vingt cinq ans accomplis, ſi la fille s'eſt mariée, quoique ſans le conſentement de ſes pere & mere, le mari pourra exiger la dot, à cauſe qu'ils ſont en faute de ne l'avoir pas mariée plutôt, ſuivant ce droit des Novelles, qui ſemble avoir été reçu en ce royaume par l'ordonnance de nos rois. Donc cette ordonnance ne fera en ce cas aucun préjudice aux conjoints, parce que nos loix nous ont donné un autre moyen pour exiger la dot.

6. De tout ce que deſſus, il réſulte cette maxime certaine, que, ſuivant cette ordonnance, ſi les conventions du mariage ont été faites, à ce qu'on prétend, en un autre tems, & ſéparément des promeſſes de mariage, elles ne pourront être prouvées que par écrit.

7. A plus forte raiſon, il faudra dire la même choſe des

---

terna detineat, aut ipſe tutor, ipſam filiam dotare cogantur : quæ dotatio fiet ſecundùm facultates paternas, & conſideratâ etiàm dignitate mariti. Nam abſque dubio, pater, mater, tutor, aut protutor, ſi legitimè nupſerit filia, id eſt, patre & parentibus conſentientibus, ad dotem conſtituendam tenebuntur, ut jure vulgatum eſt. *a* Si verò non conſentiente patre nupſit filia, ante 25 annum, dotis conſtitutionem exigere non poterit maritus, *b* cui imputatur, quarè non legitimè nupſerit : *c* & poſt 25 annum expletum, ſi filia etiam ſine conſenſu patris nupſerit, nihilominùs poſt tantum temporis lapſum, proptèr incuriam parentum, dotem exigere poteſt ipſius maritus : argumento ſumpto ex jure noviſſimo, *d* quod & regis conſtitutione in hoc regno inductum videtur. Ergò hæc lex regia dotibus præjudicialis videri non poterit, cùm ad dotem conſtituendam jus noſtrum remedia aliundè paraverit.

6. Ex his igitur ſit firma hæc concluſio : Pacta dotalia à fœdere matrimonii etiam publico ſeorsìm facta, nonniſi ſcriptis, ſecundùm hanc legem, probari poſſe.

7. A fortiori ergò, de his quæ facta dicuntur in privatâ & clandeſ-

a *L. Cùm poſt, § Gener. l. Quæror, ff. de Jur. dot. l. 3. C. de Dot. pr.*

b *L. In conjunctione, L. Viduæ. C. de Nupt. l. 2, de Rit. nupt. l. in ſponſalibus, 1 ff. de Sponſ. l. Si filiam, C. de inoff. Teſtam.*

c *L. Qui contra, C. de inceptu Nupt.*

d *Auth. Sed ſi poſt, C. de inoff. Teſtam. auth. Ut cùm de app. cog. §. Aliud quoque capitul. col. 8.*

conventions que l'on prétend avoir été faites lors des promeſſes du mariage contracté clandeſtinement, & qui n'ont point été rendues publiques par aucun fait public qui s'en ſoit enſuivi.

---

tinâ nubendi promiſſione, nullo actu publico purgata ſeu divulgata, idem ſtatuendum eſt.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE VI.

SOMMAIRE.

1. *Réflexion ſur l'argument de Boiceau, concernant les promeſſes de mariage.*
2. *Conventions matrimoniales qui excèdent cent livres, doivent être prouvées par écrit; erreur dans les Additions à la Pratique de M. Lange.*
3. *Difficultés à l'égard de la preuve de la dot, dont Boiceau n'a point parlé.*
4. *Ordre des queſtions examinées dans ce chapitre.*
5. *Le pere ſeul étoit tenu de doter ſes enfans en droit Romain, & non pas la mere.*
6. *Difficulté quand le pere avoit promis la dot indéfiniment ou quand il étoit débiteur de ſa fille.*
7. *Loi derniere* C. de prom. Dot. *abrogée par la Novelle 21 de Léon le Philoſophe.*

   Diſtinction quand un étranger avoit promis la dot indéfiniment.
8. *En cas de dot, la ſimple pollicitation produiſoit l'action* ex ſtipulatu.
9. *Conſtitution des empereurs Sévere & Antonin concernant la dot.*
10. *Si le pere étoit tenu de doter ſa fille quand elle avoit des biens d'ailleurs.*

    Premiere opinion.
11. *Seconde opinion & ſes raiſons.*
12. *Cas dans leſquels le pere étoit tenu de marier & de doter ſa fille.*

13. *Si l'aïeul paternel étoit tenu de doter ſa petite-fille, quoiqu'elle eût un pere riche, quand le pere n'étoit pas encore émancipé.*

14. *Si le pere & l'aïeul étoient tenus de donner une ſeconde dot, quand la premiere avoit été diſſipée.*

15. *Quels ſont nos mœurs au ſujet de la dot des enfans par leurs pere & mere.*

16. *Raiſon de la différence de notre juriſprudence d'avec le droit Romain.*

17. *Si la renonciation de la mere à la communauté, & la clauſe d'indemnité, la décharge de payer la dot à ſa fille.*

18. *Conſéquences tirées des maximes établies ſur ce ſujet.*

19. *Principales difficultés concernant le payement de la dot.*

En droit Romain, le mari donnoit deux quittances de la dot, en différens tems.

20. *De l'exception*, De dote cautâ non numeratâ.

21. *Diſpoſition de la Novelle* 100, *qui regle le tems que duroit cette exception.*

22. *Ce qui étoit requis pour faire paſſer cette exception aux héritiers du mari.*

23. *Le mari qui n'avoit pas eu ſoin de ſe faire payer la dot de ſa femme, étoit cenſé lui en avoir fait une donation.*

24. *Le contrat de mariage quittancé, fait foi parmi nous.*

25. *Si, dans le cas des ſecondes nôces, la preuve par témoins peut être reçue contre la quittance du contrat de mariage.*

26. *Si la préſomption du payement de la dot après dix ans, ayant lieu parmi nous, comme en droit Romain, la preuve par témoins eſt recevable en faveur du mari contre cette préſomption.*

27. *Sentimens de Maſuer, de Bacquet & de M. Louet.*

28. *Faveur de cette preuve, quand le contrat de mariage n'eſt point quittancé.*

29. *Si la quittance de la dot ſous ſignature privée du mari ou devant notaire, ſans numération de deniers exprimée, eſt regardée comme un avantage indirect.*

30. *Si la preuve par témoins eſt admiſe contre la reconnoiſſance du mari portée dans ſon teſtament, qu'il a reçu la dot de ſa femme.*

31. *Si, quand la femme eſt héritiere de ſon pere qui a promis la dot, l'héritier du mari peut alléguer, par forme de compen-*

ſation, le défaut de payement de la dot, pour s'exempter de payer les arrérages du douaire, & s'il ſera reçu à en faire la preuve, quand les dix ans ne ſont point écoulés.

32. *Si, en ce cas, c'eſt à la femme à prouver que la dot a été payée à ſon mari.*

33. *Si, après les dix ans, les créanciers du mari ſont recevables à prouver que la dot n'a point été payée, nonobſtant cette préſomption.*

34. *Sentimens de Péréſius & ſes raiſons.*

35. *Si, quand la quittance de la dot par le mari eſt ſous ſeing privé, les créanciers ſont recevables à prouver par témoins qu'elle eſt frauduleuſe.*

36. *Objections de ceux qui ſont d'opinion contraire ; réponſe à leurs objections.*

37. *Diſtinction en droit, concernant cette préſomption du payement de la dot après les dix ans.*

38. *Autres queſtions touchant les conventions matrimoniales.*

39. *Queſtions ſur la communauté, & de quel jour elle commence, ſuivant la diſpoſition des coutumes.*

40. *Si la preuve par témoins, que le mariage n'a pas été conſommé après la célébration, eſt recevable.*

41. *Diſpoſition particuliere de l'art. 229 de la coutume de Bretagne, & l'explication qu'en donne M. d'Argentré.*

42. *Diſtinction quand le mari eſt impuiſſant.*

43. *Si les héritiers du mari décédé & accuſé d'impuiſſance, ſont recevables à demander la viſite du cadavre.*

44. *Du mariage nul à cauſe d'un empêchement dirimant.*

45. *Quand cet empêchement eſt notoire.*

46. *Si la preuve doit être accordée quand le mariage célébré a été contracté par crainte ou par force.*

47. *Si, dans les coutumes qui admettent la communauté après l'an & jour, la preuve du contraire eſt admiſe après ce tems.*

48. *Si la preuve du mélange des biens eſt admiſſible dans les coutumes où la communauté n'a point lieu.*

49. *Si la communauté de biens eſt acquiſe par la demeure de pluſieurs perſonnes enſemble, dans ces mêmes coutumes.*

50. *Du mélange des biens, quand il n'y a point de convention.*

51. *Si la preuve par témoins eſt admiſſible dans les ſépara-*

tions de biens entre conjoints & dans les séparations d'habitation.

52. *Si une société tacite se peut prouver par témoins.*
53. *Distinction sur ce sujet.*
54. *Si, quand il y a eu une société contractée par écrit, la preuve de la dissolution de cette société, se peut faire par témoins.*
55. *Raisons de douter.*
56. *Raisons pour justifier que la preuve par témoins y peut être reçue.*
57. *Limitation sur ce sujet.*
58. *Si la société universelle de tous biens se peut présumer.*
59. *Observations tirées de la Coutume de Naples, concernant les mariages & la dot; par qui elle a été rédigée & commentée.*
60. *Questions omises touchant la preuve par témoins dans ces coutumes, qui n'ont point de rapport à nos mœurs.*
61. *Explication des termes concernant les conventions matrimoniales qui sont en usage à Naples.*
62. *Etymologie du mot* Dotem.
63. *Ce que l'on appelle* Quarta *ou* Quatra *à Naples.*
64. *Ce que c'est que* Tertiaria & Dotarium *entre nobles.*
65. *Espece de donation du mari à la femme, appellée* antefatum.
66. *Explication du mot* Sponsalitia.
67. *Explication du mot* Antipherna.
68. *Explication du mot* Corredum.
69. *Explication du mot* Psallia.
70. *Distinction pour sçavoir quand la preuve par témoins est admise contre la teneur de l'instrument dotal.*
71. *Si, quand on attaque l'acte dans sa substance, la preuve par témoins est reçue.*
72. *Différence à Naples entre* Instrumenrum originale, & authenticatum, & Instrumentum notariscum, & curialiscum.
73. *Deux manieres de contracter mariage en ce pays.*
74. *Preuve par témoins de la promesse verbale de la dot; quand elle est reçue en Portugal.*

1. LE principe sur lequel Boiceau établit sa distinction dans ce chapitre; sçavoir qu'il y a des mariages

clandeſtins qui peuvent être prouvés par témoins, a été ſuffiſamment examiné dans les Additions ſur le Chapitre précédent ; & l'argument qu'il en tire par identité de raiſon, au ſujet des promeſſes de mariage, ne peut avoir lieu, ſoit que les conventions matrimoniales ayent été faites verbalement, avant, lors ou depuis le mariage, parce que l'ordonnance défend la preuve par témoins de toutes ſortes de conventions indiſtinctement, ſi elles excèdent cent livres.

2. Ainſi n'ayant tenu qu'aux parties de les rédiger par écrit, la coutume des lieux doit leur tenir lieu de contrat de mariage ; & il faut préſumer qu'elles ſe ſont voulu ſoumettre indéfiniment à ſes diſpoſitions [*]. Cependant celui qui a ajoûté des Notes à la Pratique de M. Lange, réimprimée en 1694, dans le chap. 19 des Enquêtes, dit que, ſuivant le ſentiment de Boiceau, l'on peut auſſi faire preuve par témoins des conventions matrimoniales arrêtées ſous ſeing privé, ſi elles ont été faites, *tempore fœderis matrimonii*, en préſence du curé & des témoins. Autre choſe, dit-il, ſi elles avoient été conclues en un autre tems ; mais il s'eſt trompé quand il a ajoûté au texte de cet auteur ces mots, *arrêtées ſous ſeing privé* ; car Boiceau, dans le chapitre 6, ne parle que dans le cas où il n'y a eu nul écrit, ſoit lors, ſoit après la célébration du mariage, comme on peut voir par la lecture du texte de cet auteur, ci-deſſus traduit ; en effet, quand ces conventions ont été arrêtées par écrit, & ſignées des parties, cet écrit du moins peut tenir lieu de commencement de preuve par écrit, des conventions matrimoniales, l'ordonnance de Moulins admettant même la preuve par les écritures ſous ſeing privé. Ainſi la queſtion du chapitre 6 de Boiceau eſt ſeulement quand il s'agit d'une convention verbale faite

[*] Mornac, ſur la loi 9, §. *Quoniam digeſt. de reb. cred. & ad leg. 4, dig. de Pig.* dit qu'à l'égard des conventions matrimoniales qui ſont au-deſſus de cent livres, on n'en doit pas admettre la preuve par témoins, s'il n'y a pas un commencement de preuve par écrit, & que cela a été jugé ainſi par un arrêt du 18 Février 1600.

Il y a un arrêt du parlement de Rouen, qui a jugé que l'on ne pouvoit être reçu à faire preuve, que le contrat de Marie le Blanc ſous ſeing privé avoit été vu, tenu & lu, & que par le contrat, elle avoit donné à ſon mari le tiers de ſes héritages pour droit mobile. Journ. du Palais, huitieme partie.

lors de la célébration du mariage ou auparavant [*].

3. Mais ce qui eſt de plus important ſur cette matiere, eſt ce qui concerne la dot & les autres conventions matrimoniales, ſur quoi il y a pluſieurs difficultés importantes, dont Boiceau n'a point parlé. Il faut examiner premierement, les queſtions qui concernent le payement de la dot, lorſqu'il y en a eu une conſtituée, & que l'on n'en rapporte point de quittance par écrit, pour ſçavoir ſi la preuve par témoins eſt reçue, & en faveur de quelles perſonnes elle peut être admiſe.

4. Enſuite on traitera de ce qui peut regarder la communauté & les autres conventions matrimoniales, &, par occaſion, de ce qui peut concerner les ſociétés en ce qui regarde la preuve par témoins.

5. Quant à la conſtitution de dot. En droit Romain, le pere ſeul étoit obligé de doter ſes enfans; la mere n'y étoit obligé que quelquefois, *ex magnâ & probabili cauſâ*, dit la loi *Neque mater*, *Cod. de Jure dotis*; mais elle pouvoit s'y obliger volontairement: *Promittendo dotem omnes obligantur cujuſcumque ſexûs conditioniſve ſint*, ſuivant la loi 41, *D. Jure dot.*

6. Mais quand c'étoit le pere qui avoit promis cette dot à ſa fille indéfiniment, ſans exprimer de quelle ſomme il la dotoit, M. Cujas, ſur la loi 3, *C. de promiſſione dotis*, dit qu'en vertu de cette promeſſe, cette dot devoit être reglée ſuivant l'équité, c'eſt-à-dire ſuivant les facultés du pere, & le rang que tenoit ſa famille.

7. Que ſi le pere, étant débiteur de ſa fille, avoit promis cette dot ſimplement, ſans dire de quels biens, ou même s'il avoit dit qu'il dotoit ſa fille de ſes biens, &

[*] Les conventions de mariage doivent ſe faire par le contrat de mariage, ou par des actes faits en préſence des mêmes parens qui ont aſſiſté au contrat. Les actes faits depuis, hors leur préſence, ſont nuls. Cependant, ſi les parties étoient majeures, elles pourroient ſans doute faire un nouveau contrat ſans l'intervention des mêmes parens, qui ſont cenſés n'avoir été appellés que par honneur; pourvu toutefois que ce ne fût ni un pere ni une mere, de l'aveu deſquels le premier contrat auroit été paſſé; car pour lors les contractans ne pourroient faire ce changement ſans leur conſentement.

Ce contrat & ces actes doivent être d'une date antérieure ou du moins du même jour que celui de la célébration, les époux ne pouvant plus rien ſe donner après la célébration. Ils doivent auſſi être paſſés devant notaires, pour prévenir les antidates, dont les actes ſous ſignature privée ſont ſuſceptibles.

ceux qui appartenoient à cette fille du chef de sa mere, il étoit censé ne l'avoir voulu doter que de son propre bien, suivant la loi derniere, *eod. tit.* supposé qu'il fût solvable; & en cas qu'il ne le fût pas, il étoit censé n'avoir donné en dot à sa fille, que ce qu'il pouvoit lui devoir, sans y rien contribuer du sien. Cette constitution fut depuis abrogée comme injuste, par la Novelle 21 de Léon le Philosophe, qui l'appelle avec justice *juris subversionem*, & qui ordonne que si la dot a été promise par le pere, de ses biens & de ceux de son fils, elle sera payée également sur ses biens & de ceux du fils, soit que le pere fût solvable ou non. Que si, au contraire, c'étoit un étranger qui eût promis la dot, sans exprimer la somme; M. Cujas, sur la loi ci-dessus citée, dit que cette promesse étoit inutile & sans effet, parce que cet étranger n'étoit pas tenu de doter cette fille; au lieu que le pere y étoit obligé.

Wesembecius l. 23, D. *de Jure dot.* cite les autres docteurs qui sont du même avis que M. Cujas.

8. Sur quoi il faut remarquer que, quoiqu'en droit Romain, un simple pacte ne produisît aucune action, néanmoins le cas de la dot étoit excepté; ainsi, quoique ce qui s'appelloit *Pollicitatio*, ne fût qu'un pacte, c'est à-dire une promesse faite par celui seul qui promettoit, même à l'insçu, ou en l'absence de celui en faveur de qui elle étoit faite, lequel n'avoit aucune action pour en demander l'exécution; cependant elle produisoit l'action *ex stipulatu*, si elle avoit été faite pour cause de dot, comme remarque Me Charles du Moulin & tous les docteurs sur le Titre *de prom. Dot.*

9. Que si le pere ne vouloit pas marier sa fille, ni la doter, il y étoit contraint par la constitution des empereurs Sévere & Antonin, rapportée dans la loi 19 D. *de Ritu nuptiarum.*

10. Mais la question a été de sçavoir si, quand une fille avoit des biens propres à elle appartenans, & autres que ceux qu'elle pouvoit esperer de son pere, il étoit encore tenu de la doter. Quelques docteurs ont cru que la dot devant être regardée comme des alimens, le pere ne lui devoit plus rien quand elle étoit assez riche pour s'en passer, & qu'il suffisoit que le pere l'eût mariée suivant sa condition, quoiqu'il ne lui eût donné aucune chose.

Gudelinus, *de Jure novissimo*, *l.* 1, *ch.* 14, cite Everhardus & Conan.

11. Tous les autres ont cru, au contraire, que, même dans

ce cas, le pere ne pouvoit ſe diſpenſer de la doter, parce que la dot ne tient pas lieu ſeulement d'alimens, mais qu'elle eſt dûe par le pere à ſa fille, pour lui aider à contracter un mariage ſortable, & pour donner au mari de quoi en ſupporter les charges; joint que la dot tenant lieu de légitime à la fille, c'eſt une dette naturelle que le pere ne peut s'exempter de payer, ſous prétexte que ſa fille a d'autres biens: c'eſt ainſi que raiſonne Péréſius ſur le titre du Code ci deſſus cité, n. 8.

Et cela a lieu même, dit il, quoique la fille ait été dotée par un étranger, ſi ce n'eſt que cette dot lui eût été donnée à la conſidération & en l'acquit du pere.

12. En un mot, le pere étoit tenu de la dot, ſi ſa fille s'étoit mariée de ſon conſentement, ou ſi ayant 25 ans, elle avoit été obligée de ſe marier à ſon inſçu, ou malgré lui, parce que la loi chargeoit le pere de lui trouver un parti ſortable avant cet âge; mais il n'en étoit point tenu ſi cette fille, quoique majeure, avoit épouſé une perſonne indigne, à cauſe de l'injure qu'elle avoit faite à ſa famille.

13. Enfin l'aïeul paternel, en droit Romain, étoit tenu auſſi de doter ſa petite-fille, quoiqu'elle eût un pere riche, ſi ce pere étoit encore ſous la puiſſance de cet aïeul, & qu'il ne fût point émancipé, non plus que ſa fille; parce qu'en ce cas le pere de cette fille ne jouiſſoit d'aucuns biens. *Pereſius cod. lib. 11, n. 12. & 13.*

14. Et le pere & l'aïeul paternel étoient encore tenus l'un & l'autre de lui donner une ſeconde dot pour ſe marier, ſi la premiere qu'ils lui avoient donnée, avoit été perdue & diſſipée par le premier mari, ſans qu'il y eût de la faute de cette fille.

15. Suivant notre droit coutumier, au contraire, le pere & la mere doivent doter leurs enfans. *Vid.* Louet *lit. R, n.* 54, & Brodeau, *ibid.* & Louet *lit.* D. *n.* 40.

16. Et cette diverſité de nos coutumes d'avec le droit Romain, ne vient pas de ce que la femme, ſuivant nos mœurs, a la moitié dans la communauté, comme quelques docteurs ont prétendu; parce qu'il s'enſuivroit de-là que, quand la mere en eſt excluſe, ou qu'elle y renonce, ou qu'il eſt ſtipulé qu'elle n'aura pour tout droit de communauté qu'une certaine ſomme, elle n'y contribueroit *Eas obligationes quæ naturalem præſtationem habere intelliguntur palàm eſt capitis diminutione non perire, quia civilis ratio na-*

turalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum & æquum concepta est, nihilominùs durat, etiam post capitis diminutionem.

point, ou y contribueroit moins, ou qu'elle auroit son recours, pour raison de cette dot, sur les biens de son mari, en vertu de son indemnité, au cas qu'elle s'y fût obligée; ce qui ne peut être proposé.

17. Car cette dot est une dette naturelle, en la personne de la femme, laquelle, en qualité de mere, doit cette dot à sa fille, comme sa légitime; & cette dette est tellement privilégiée, qu'elle s'y peut même obliger valablement, sans qu'il soit nécessaire que son mari l'autorise à cet effet, ainsi qu'il a été jugé par les arrêts rapportés dans le Journal des Audiences, tome premier. En un mot, ni le pere ni la mere ne peuvent refuser cette dot à leurs enfans, que dans le cas où la loi leur permet de les exhéréder.

Dos est loco legitimæ.

Brodeau sur Louet, *l.* 3, *n.* 17. D. l'Hommeau, l. 3. maxime 48.

18. Cela supposé, il s'ensuit que la fille n'a besoin d'autre titre que de celui de la nature & de la loi, suivant nos mœurs, pour être en droit de demander une dot à son pere ou à sa mere, & qu'ainsi c'est à eux à prouver, quand elle a été mariée de leur consentement, qu'ils lui en ont constitué une, s'ils ont été en pouvoir de la lui donner. Que si la fille articule qu'ils lui en ont promis une, en ce cas, si elle excède cent livres, elle doit en rapporter la preuve par écrit, soit par un contrat de mariage, soit par quelqu'autre acte, parce qu'elle allegue une convention qui ne se peut prouver par témoins; mais si cette fille est déja mariée, & que le mariage se soit fait du consentement du pere, qui n'a point donné de dot, le gendre est non-recevable à l'exiger, ni à prouver qu'il lui en a promis une verbalement; car il doit s'imputer de ne l'avoir pas stipulée par son contrat de mariage, si ce n'est qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, qu'elle lui a été promise; autrement on présume qu'il a bien voulu épouser sa femme sans dot. Autre chose seroit, si le pere avoit été tuteur de cette fille, & qu'elle eût des biens maternels, ou autres, à elle échus, devant ou depuis le mariage; car, en ce cas, le gendre a droit de lui en faire rendre compte.

L. 1, *C. l.* 4, *T.* 30, *de non numerata Pecunia*, *l.* 3, *Cod. l.* 5, *T.* 15.

19. Il y a plus de difficulté en ce qui concerne le payement de la dot, sur quoi il faut observer qu'en droit, quoique la femme eût promis une dot à son mari par son contrat

contrat de mariage ; cela n'étoit point conſidéré comme une dot véritable & effective, juſqu'à ce qu'elle eût été réellement payée, parce que ſouvent elle ne ſe payoit pas lors du mariage, quoique le mari eût coutume d'en donner une quittance pure & ſimple par le contrat de mariage, *Spe futuræ numerationis ;* & lorſqu'il recevoit effectivement cette dot, il en donnoit une ſeconde.

20. C'eſt, pourquoi à cauſe de cette préſomption qu'il ne l'avoit pas reçue, le mari ou ſes héritiers avoient droit d'oppoſer l'exception, *de dote cautâ non numeratâ*, contre celui qui avoit promis la dot, lequel étoit obligé de prouver, autrement que par cette premiere quittance (portée par le contrat de mariage) qu'il avoit effectivement payé cette dot.

21. Et ſuivant la Novelle 100, ſi le mariage n'avoit duré que deux ans, le mari avoit encore un an pour la demander après le mariage diſſolu. S'il avoit duré plus de deux ans, & juſqu'à dix ans, il n'avoit que trois mois ; mais après les dix ans, s'il ne s'étoit pas fait payer, la loi lui refuſoit toute action, parce qu'elle préſumoit qu'il l'avoit reçue.

22. Et afin que cette action qu'il avoit durant les dix premieres années de ſon mariage, pût paſſer à ſes héritiers, quand il étoit décédé avant l'expiration des dix ans, il ne ſuffiſoit pas qu'ils prouvaſſent par témoins qu'il avoit eu la volonté de s'en faire payer, il falloit qu'ils rapportaſſent la preuve par écrit qu'il avoit intenté cette action dès ſon vivant. *Edd. Novellâ.*

23. De plus, comme il n'étoit pas permis à Rome de s'avantager durant le mariage, ſuivant la Novelle 97, le mari qui n'avoit pas eu ſoin de ſe faire délivrer réellement la dot qu'il avoit reconnu avoir reçue, *Spe futuræ numerationis*, étoit cenſé en avoir fait une donation à ſa femme pour cauſe de mort, après laquelle elle étoit confirmée, & ſes héritiers tenus de reſtituer cette dot à ſa veuve, comme ſi le défunt l'eût reçue ; c'eſt-à-dire, au cas que le mari fût décédé avant les dix ans que la loi lui donnoit pour propoſer cette exception. M. Cujas, *ad T. Cod. de Dote cautâ non numeratâ ; & ib.* ſur le T. 16 *de Don. inter vir & ux.*

24. Suivant notre droit François, la juriſprudence & l'uſage ſont tous différens ; le contrat de mariage étant

quittancé fait foi, quand même il ſeroit juſtifié que la femme avant de ſe marier, n'avoit aucuns biens [*], ſi ce n'eſt dans le cas des ſecondes nôces.

25. Car un homme veuf, qui épouſe une ſeconde femme, ne peut l'avantager indirectement, en reconnoiſſant avoir reçu d'elle une dot exceſſive contre la vérité; & cet avantage étant réductible, ſuivant l'édit des ſecondes nôces, la preuve en pourroit être reçue même par témoins au profit des enfans du premier lit [**], parce que la fraude eſt toujours exceptée de la prohibition de l'ordonnance, laquelle d'ailleurs n'a point entendu empêcher l'exécution de celle de 1560, ni autoriſer les avantages indirects, en en défendant la preuve.

26. La principale queſtion eſt de ſçavoir ſi, parce que nous admettons dans l'uſage la même préſomption que le

[*] Le mari eſt préſumé, en ce cas, en avoir fait donation à ſon épouſe. Cependant, lorſqu'il paroît y avoir de la ſéduction, ou que le mariage eſt déclaré nul, on oblige aſſez ordinairement la fille à prouver la réalité de ſon apport: pluſieurs arrêts l'ont ainſi jugé. Le plus fameux eſt celui qui a été rendu le 16 Mars 1723, contre Elizabeth Tricot. Le marquis de Sainte-Foix avoit ſigné un contrat de mariage en 1519, avec Elizabeth Tricot, contenant conſtitution de 60000 livres de dot au profit de cette fille; & il en avoit quittancé le contrat. On allégua contre cette quittance de l'artifice & du dol. Le marquis de Sainte-Foix n'avoit que vingt-ſix ans, la Tricot en avoit cinquante. Il étoit évident qu'elle n'avoit pas été en état de fournir une pareille dot: d'ailleurs elle avoit varié pluſieurs fois ſur le détail des effets qui avoient, ſelon elle, ſervi à former ſa dot de 60000 livres. Ces raiſons déterminerent la cour à proſcrire la demande de la Tricot, par arrêt rendu ſur les concluſions de M. de Lamoignon, après une plaidoyerie de ſix audiences.

Un arrêt du 31 Janvier 1737, en déclarant nul le mariage du comte Deſgoutes avec la demoiſelle Makaris, a débouté celle-ci de ſa demande en reſtitution de dot.

Un autre arrêt du mois de Février 1742, a déclaré nulle (ſans qu'il fût beſoin de lettres de reſciſion) une quittance de dot donnée par le ſieur Bunot fils, mineur, à la demoiſelle Netti âgée de trente ans, qu'il avoit épouſée ſans le conſentement du ſieur Bunot ſon pere, lequel avoit appellé comme d'abus, & fait déclarer par le même arrêt, le mariage nul & abuſivement contracté. Il y avoit cette circonſtance dans cette affaire, que la dot de la demoiſelle Netti avoit conſiſté en meubles & uſtenſiles de ménage, qui paroiſſoient lui être reſtés, lorſque ſon mari l'avoit délaiſſée deux mois après leur mariage.

Le parlement de Rouen a jugé, par arrêt rendu le 20 Décembre 1730, qu'une femme eſt obligée de prêter ſerment ſur la ſincérité de ſa dot, quand c'eſt elle-même qui s'eſt dotée.

Mais le même parlement a jugé, par arrêt du 6 Août 1751, que la preuve par témoins n'eſt pas admiſſible pour établir qu'une femme n'a pas apporté ce que ſon mari a reconnu avoir reçu d'elle par ſon contrat de mariage.

[**] Il faut même dire que l'avantage indirect étant très à craindre en cette occaſion, la reconnoiſſance de la dot doit toujours être ſuſpecte, à moins qu'elle ne ſoit ſoutenue par des circonſtances capables de la faire croire ſincere.

droit Romain ; ſçavoir que le mari eſt cenſé avoir reçu la dot quand il a laiſſé paſſer les dix ans de ſon mariage ſans la demander, ainſi que M. Loüet, lettre D, n. 1; Maître Anne Robert, livre 4, chapitre 19; & M. le Preſtre, 3e, Centurie, chapitre 67, l'ont remarqué, la preuve par témoins eſt recevable en faveur du mari contre cette préſomption, ou ſi cette préſomption eſt de droit & autoriſée par le droit, laquelle ne reçoit point la preuve du contraire.

27. Maſuer, T. des Exceptions *in fine ;* Bacquet, Droits de juſtice, chapitre 15, n. 60; & Louet, *ibid.* diſent que cette préſomption de payement a lieu après les dix ans, s'il n'y a apparence du contraire : ainſi on peut inférer qu'ils eſtiment que la preuve peut être admiſe contre cette préſomption en certains cas.

28. Il eſt conſtant en général que cette preuve eſt favorable, & même qu'elle doit être admiſe, quand le contrat n'eſt pas quittancé, parce que la préſomption du payement n'eſt pas naturelle en ce cas.

29. C'eſt pourquoi quand il y a une quittance de la dot donnée par le mari depuis le mariage, ſous ſignature privée, ou ſi elle eſt devant notaires, & que la numération n'y ſoit pas exprimée, elle eſt regardée, ſuivant nos mœurs, comme un avantage indirect du mari en faveur de ſa femme, ſuivant l'opinion de Bacquet.

30. Le même auteur dit, *ibidem*, que la preuve par témoins fut admiſe en conſéquence de la reconnoiſſance du mari, portée dans ſon teſtament, qu'il avoit reçu la dot de ſa femme ; car, quoique celui qui ne peut donner, ne puiſſe confeſſer qu'il a reçu ; néanmoins cette reconnoiſſance par écrit du mari, étoit un commencement de preuve par écrit, qui ſuffiſoit pour faire accorder la preuve par témoins [*].

Confeſſio facta in ultimâ voluntate in ejus favorem in quem non poteſt conſiſtere Donatio, non valet.

[*] Les quittances données *in extremis*, ſont toujours très-mal accueillies, parce que les déclarations des perſonnes mourantes ſont ſuſpectes d'avantage indirect, lorſqu'elles ſont faites au profit de perſonnes à qui l'on ne peut donner. La Rocheflavin, liv. 2, lett. D, t. 6, arrêt 12, rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe, par lequel une veuve, dont la dot ne paroiſſoit avoir été payée que par une ſimple déclaration faite par ſon mari dans un teſtament, fut colloquée après tous les créanciers. Coquille, queſt. 163, *leg.* 37, §. 6, ff. *de Legat.* 3 & 27, ff. *de Probat.*

En général, c'eſt un principe qu'on

Le Grand, ſur l'article 84 de la coutume de Troyes, eſtime que cette reconnoiſſance du mari, qu'il a reçu la ne doit reconnoître pour véritable quittance dotale, pour reconnoiſſance emportant un titre légitime de repriſe pour la femme, que celle qui lui eſt accordée par ſon contrat de mariage, ou relativement à ſon contrat de mariage.

Toute autre quittance durant le mariage par le mari en faveur de ſa femme eſt ſuſpecte. Bourjon tome 2, pag. 73, n. 11 & ſuivans; Coquille ſur Nivern. ch. 23, art. 19; le même, queſt. 120; Chaſſanée ſur Bourgogne, tit. 4, art. 7. *verbo* CONFESSION. n. 1 & 2. Balde ſur la L. pénult. §. *Mulier*, ff. *ſoluto matrimonio, dos quom. pet.* dit que, *hujuſmodi confeſſio, facta conſtante matrimonio, in dubio cenſetur facta animo donandi.* Il ne faut pas même d'objet pour la combattre; de ſa nature elle eſt incapable de faire preuve: tout ſon effet ſe réduit à paſſer pour un léger commencement de preuve par écrit, & à autoriſer la femme à prouver par tout genre de preuve, même par témoins, qu'elle a véritablement payé à ſon mari la ſomme portée par la quittance, ou la valeur à-peu-près; car ſur cela on n'exige pas abſolument une preuve arithmétique: il ſuffit qu'elle ſoit de nature à pouvoir perſuader que la reconnoiſſance eſt ſincere: le ſerment de la femme acheve enſuite la conviction.

Le Brun, tr. de la Com. T. 3, ch. 2, ſect. 2, diſt. 5, n. 47 & 48, diſtingue ſi la quittance, donnée depuis le mariage, eſt par-devant notaires, & ſi c'eſt à un pere, à un tuteur ou à un étranger qui ait conſtitué la dot; en ce cas, dit-il, il y a moins de préſomption de fraude: cependant, comme celui qui ne peut donner à ſa femme, ſemble ne pouvoir pas donner quittance à ſon beau-pere pour une dot qui retourne directement à ſa femme: il veut que cette quittance, poſtérieurement donnée aux parens, porte numération de deniers, ou ſoit prouvée d'ailleurs. Si c'eſt à la femme qu'eſt donnée la quittance, il faut qu'il paroiſſe d'où procédent les deniers dotaux; parce que les conjoints ne ſe pouvant pas donner, ne ſe peuvent donner quittance.

Quand la femme ſe marie elle-même la quittance ſous ſeing privé, quoique datée d'un tems antérieur au mariage, eſt nulle, ſi elle n'eſt vérifiée d'ailleurs. Il y a plus, dit-il; car celle donnée aux parens & aux tuteurs ſous ſignature privée, eſt encore ſuſpecte, & doit être vérifiée par des circonſtances qui apprennent d'où procèdent les deniers, ou doit être aſſurée par un emploi; car c'eſt à-peu-près la même choſe de confeſſer aux parens, ou à la femme, quand on le fait ſous ſignature privée, & qu'il y a ſuſpicion qu'on l'a fait depuis le mariage, puiſqu'en l'un & l'autre cas la dot tourne toujours au profit de la femme.

Cet avis de le Brun, qui ſuſpecte la quittance donnée aux parens, paroit trop rigoureux au nouveau commentateur de la coutume de la Rochelle. La quittance, en pareil cas, dit-il, doit naturellement faire preuve, n'étant nullement vraiſemblable que le mari, qui a une action ouverte contre celui qui a conſtitué la dot, ait la complaiſance de donner une quittance qui le ſoumet à la repriſe envers ſa femme, ſans avoir effectivement reçu la ſomme. C'eſt pourquoi il ſoutient que, loin que la femme ſoit obligée de produire des titres à l'appui de cette quittance, il faut au contraire des preuves bien évidentes de la fauſſeté de la reconnoiſſance pour en éluder l'effet. Cependant il convient que la preuve réſultante de la quittance n'eſt pas telle, qu'elle exclue la preuve contraire, tant par titres que par témoins.

J'en dirois autant, ſans difficulté, ajoûte cet auteur, de la quittance donnée à la femme elle-même, lorſqu'elle n'eſt que de la ſomme à laquelle ſes droits dotaux ont été fixés par le contrat de mariage.

On peut, ſur cette matiere, conſulter la fameuſe Diſſertation de Me Berroyer ſur Bardet, M. Boyer, Bretonnier dans ſes Queſtions de droit, la Combe & le Maître ſur la Coutume de Paris. Mais il n'eſt rien de plus célebre à ce ſujet que la Conférence tenue à la bibliotheque des avocats. On la trouve dans le ſecond volume de Dupleſſis.

dot, faite dans ſon teſtament, ne libere point celui qui en eſt le débiteur, ſoit que ce débiteur ſoit le pere de ſa femme & qu'elle ſoit ſon héritiere préſomptive, ſoit que ce ſoit un étranger qui ait promis la dot, parce qu'en l'un & l'autre cas, dit-il, c'eſt toujours la femme qui profite de cette reconnoiſſance à cauſe de ſes repriſes ; & ainſi on peut préſumer que c'eſt un avantage indirect du mari à ſon profit ; mais cette reconnoiſſance nuit, dit-il au mari, s'il revient en ſanté, quoiqu'il ſoit encore dans les dix ans, parce que perſonne ne peut revenir contre ſa propre affirmation ; ce qui n'empêcheroit pourtant pas, ajoute-t-il, que ſes créanciers ne fuſſent reçus en ce cas à faire la preuve par témoins, que cette reconnoiſſance eſt frauduleuſe à leur égard ; & cette maxime paroît juridique.

31. Il y a une autre queſtion ſur ce ſujet, ſçavoir ſi, quand la femme eſt héritiere de ſon pere qui a promis la dot, l'héritier du mari à qui elle demande ſon douaire, peut alléguer par forme de compenſation, le défaut de payement de cette dot, & s'il ſera reçu à en faire la preuve par témoins quand les dix ans ne ſont point écoulés. Il eſt certain qu'en droit, la donation pour cauſe de nôces étoit diminuée à proportion de ce qui n'avoit pas été payé au mari de la dot de ſa femme, ſuivant les textes des loix rapportés par Bacquet en l'endroit ci-deſſus cité, n. 64 ; il ne faut pas douter auſſi, ſuivant nos mœurs, que l'héritier du mari ne puiſſe alléguer la compenſation en ce cas, quoique le douaire ſoit tout différent de la donation à cauſe de nôces. *Nov. 97.*

32. Mais c'eſt à la femme à prouver que la dot a été payée, la préſomption étant qu'elle ne l'a pas été quand le contrat de mariage n'eſt point quittancé, & que les dix ans ne ſont point paſſés [*].

[*] La preuve, dans ce cas, doit être faite par la femme par écrit, parce qu'il s'agit ici d'une obligation qu'elle avoit contractée à l'égard de ſon mari : or, comme il a fallu un acte par écrit, pour contracter cette obligation, il en faut également un pour la diſſoudre, du moins avant la preſcription marquée par la loi. Rien n'a empêché la femme de ſe procurer une preuve par écrit ; &, comme l'on ſçait, c'eſt un principe, que celui qui a pu ſe procurer une preuve par écrit, ne peut pas être admis à la preuve teſtimoniale, pour une ſomme excédante la valeur de cent livres.

33. Quant à ce qui regarde les créanciers du mari, la difficulté eſt de ſçavoir ſi après les dix ans du mariage, le mari leur débiteur, étant décédé ſans qu'il paroiſſe qu'il ait été payé de la dot qui lui a été promiſe, ſon ſilence ſuffit à leur préjudice pour faire préſumer le payement de cette dot. La Novelle 100 n'admet cette préſomption que contre les héritiers du mari, leſquels elle oblige, après les dix ans, de rendre la dot à ſa veuve, ſi elle eſt en droit de la recevoir, parce que le mari eſt préſumé l'avoir reçue; mais cette Novelle ne dit point que cette préſomption de payement aura lieu contre les créanciers du mari.

34. Quelques-uns diſent qu'il faut une preuve par écrit que la dot ne lui a pas été payée, pour exclure en ce cas les créanciers, ſoit à l'effet de compenſer le douaire que la veuve demande, ſoit à l'effet de de répéter cette dot à leur profit; c'eſt le ſentiment de Péréſius, T. 15, *de Dote cautâ non numeratâ. Quod autem dicitur lapſum eſſe tempus proponendæ exceptionis, aut ei videri renuntiatum id præjudicat renuntianti & ejus hæredibus, non verò tertio, de quo lex non loquitur.* En effet, dans une matiere où il s'agit d'une ſimple préſomption contraire au droit commun, il ſemble qu'il ne faut pas étendre la diſpoſition de la loi à ceux contre leſquels elle n'a point marqué préciſément qu'elle ait eu deſſein de l'introduire; ajoûtez que les créanciers ne ſont pas à leur égard dans le cas de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, puiſqu'il ne s'agit pas de revenir contre la foi d'un acte par la preuve par témoins; mais qu'au contraire le contrat de mariage qui porte promeſſe de la dot, n'étant point quittancé, tient lieu en leur faveur de preuve par écrit que la dot eſt encore dûe au mari leur débiteur: ainſi ils ont, ce ſemble, en vertu de ce contrat, une action perſonnelle contre celui qui doit cette dot, même contre la veuve du mari leur débiteur, ſi elle eſt héritiere de celui qui l'a promis, laquelle action doit durer trente ans, & à laquelle action leur débiteur n'a pu renoncer par fraude & à leur préjudice, à l'effet de les fruſtrer de leur dû, la fraude étant aiſément préſumée entre perſonnes auſſi proches qu'un mari & une femme.

35. C'eſt pourquoi, lorſque le mari a donné une quittance ſous ſeing privé de cette dot, les créanciers ſont en

droit de demander à faire la preuve par témoins qu'elle eſt frauduleuſe & ſimulée, & que c'eſt un avantage indirect qu'il a voulu faire à ſa femme pour les fruſtrer, parce que la fraude eſt toujours exceptée de la loi en pareil cas, comme il a été dit. En un mot, cette préſomption de payement n'eſt point du nombre de celles que la loi appelle *juris & de jure*, contre laquelle la preuve du contraire n'eſt pas permiſe, ſur tout à l'égard d'un tiers qui n'a pas été en pouvoir de veiller à ſes droits.

36. Il eſt vrai que pluſieurs ne ſont pas de ce ſentiment, parce que, diſent ils, les créanciers du mari, comme exerçans ſes droits, ne doivent pas être de meilleure condition que lui; le Grand, Coutume de Troyes, art. 84, cite Boërius, queſt. 330; en faveur de cette opinion, & il obſerve que par l'article 130 de l'ordonnance de 1629, il étoit même ordonné en faveur des créanciers, que les quittances de la dot ſeroient paſſées devant notaires à peine de nullité [*]; mais on peut répondre que cette premiere maxime n'a jamais lieu quand il s'agit de fraude; & on peut dire qu'en ce cas le créancier n'exerce pas les droits de ſon débiteur, mais qu'il vient *jure ſuo*, par une action que la loi lui accorde expreſſément, à cauſe de la mauvaiſe foi de ce débiteur, dont le fait, au lieu de pouvoir être oppoſé au créancier, ſert à juſtifier la cauſe pour laquelle ce créancier doit être reſtitué contre le fait de ſon débiteur, qui lui fait préjudice; & c'eſt ce qui eſt décidé par la loi 3, *ff. Quæ in fraudem cred.* qui dit préciſément que c'eſt une fraude de la part du débiteur, ſi, pour fruſtrer ſes créanciers, il laiſſe paſſer le tems dans lequel il doit exiger ce qui lui eſt dû, & s'il donne lieu ainſi à la preſcription à leur préjudice, *vel à debitore non petat ut tempore liberetur;* ce qui eſt encore confirmé par la loi 4 & 5, *ibidem.*

Charondas, liv. 6, Rép. chapitre 28 rapporte une eſpece ſinguliere au ſujet de la quittance de la dot. Un pere avoit marié ſa fille; & par le contrat de mariage, ſigné de deux notaires, il avoit promis à ſon gendre la veille des nôces une certaine ſomme en dot excédant cent livres. Le pere & le gendre étant allés enſuite chez le no-

[*] *Voyez* l'arrêt du 17 Décembre 1703, rapporté par Augeard, édit. *in-folio*, t. 1.

taire pour en paſſer la quittance, & le notaire ne s'y étant point trouvé, le pere ne laiſſa pas de faire le payement en préſence du clerc du notaire, lequel écrivit cette quittance au bas de la minute du contrat de mariage ; mais il n'eut pas le ſoin de la faire ſigner par les notaires. Le gendre étant décédé depuis, les héritiérs refuſerent à ſa veuve le payement de ſes conventions, ſoutenant qu'elle n'avoit pas payé ſa dot : elle demanda à faire preuve par témoins qu'elle avoit été payée ; ce qui lui fut accordé par arrêt du 22 Mars 1571, parce qu'en cette occaſion, dit Charondas, *Summum jus cum aquitate pugnabat ;* & la faveur de la dot devoit l'emporter ſur la rigueur de l'ordonnance. Ce qui eſt à remarquer dans cette eſpece, eſt que cette quittance ſe trouvant écrite de la main du clerc du notaire, au bas de la minute du contrat de mariage, étoit une préſomption de la verité du payement, ceſſant le ſoupçon de fraude contre le clerc qui l'avoit écrite.

37. Il ne faut pas omettre qu'en droit Romain ſi la dot avoit été promiſe par le pere de ſes propres biens à ſa fille, la préſomption de payement avoit lieu après les dix ans, ſuivant la Novelle 160, mais non pas ſi cette dot provenoit d'autres biens que de ceux du pere, ſoit que ce fût de la libéralité d'un étranger, ſoit d'une ſucceſſion échue à la femme, auquel cas l'action pour répéter cette dot, duroit trente ans ; ce qui doit avoir lieu auſſi parmi nous, parce qu'il en faut toujours revenir au droit commun, & ne pas étendre la loi à un cas dont elle n'a point parlé. Il en eſt de même, ſi c'eſt la femme, laquelle a promis perſonnellement la dot à ſon mari, comme dit M. Louet, *ibidem.*

38. Il reſte à examiner les queſtions qui peuvent naître au ſujet des autres conventions matrimoniales, touchant la preuve par témoins ; & ſans entrer dans le détail de chacune, la maxime générale eſt qu'elles doivent toutes être rédigées par écrit, comme il a déja été remarqué : néanmoins il y a quelque choſe de particulier à l'égard de la commun uté, qu'il faut expliquer, parce que les coutumes ſo t différentes ſur ce point.

39. Les unes, comme celle de Paris, article 220, diſent que la communauté n'a lieu que du jour de la bénédic-

tion

tion nuptiale ; quelques-unes ajoûtent , du jour du mariage contracté en face de la ſainte égliſe ; comme celle de Vallois, T. 7, art. 74 ; Poitou, T. 3 , art. 229 ; Bayonne, T. 9, art. 24. Il y en a qui ne l'admettent qu'après l'an & jour , comme Anjou , T. 22 , article 51 ; Maine , T. 23 , art. 508 ; Grand-Perche , T. 5 , art. 102. Chaſteauneuf , ch. 9 , art. 66 , diſtingue ſi c'eſt en premieres ou en ſecondes nôces. Bretagne , T. 20 , art. 424 ; & Nivernois , chap. 23 , art. 3 , ſemblent encore requerir la conſommation du mariage ; ce qui ne s'entend pourtant que de la ſolemniſation en face d'égliſe. Le chapitre 21 , art. 233 de la coutume de Bourbonnois, eſt ſingulier en ce qu'il dit que le mari & la femme, le mariage étant fait par paroles de préſent, ſont communs en tous biens , meubles , &c ; ce qui n'auroit pas lieu à préſent , parce que ces ſortes de mariages par paroles de préſent ne ſont plus reçus ; & la preuve n'en eſt pas même permiſe, comme il a été dit ci-devant : il y a des coutumes au contraire qui excluent la communauté par diſpoſition expreſſe , comme Rheims , T. 9 , art. 239 ; d'autres qui la défendent , comme Normandie , chap. 5 , art. 374 , & il y en a enfin qui n'en parlent point , & dans leſquelles elle n'a pas lieu , comme Auvergne , la Haute-Marche & Bourdeaux.

On voit par la diſpoſition de toutes ces coutumes , que celles qui parlent de la communauté , ne l'admettent que du jour du mariage célébré ſolemnellement ; ce qui exclut les mariages clandeſtins , comme dit Dumoulin ſur l'article 40 de celle d'Angoumois : la communauté n'a point lieu auſſi , ſi le mariage eſt nul *ipſo jure* , comme celui fait entre impuberes.

40. Il en eſt de même du douaire ; c'eſt la ſeule célébration du mariage qui l'acquiert à la femme ; & quand même le mari ſeroit décédé auſſi tôt après la célébration , on ne ſeroit pas reçu à prouver à cet effet , que le mariage n'a pas été conſommé , parce qu'il n'eſt pas vrai , comme quelques-uns ont avancé , que le douaire doive être regardé parmi nous comme le prix de la virginité ; ce qui ne ſe peut dire qu'à l'égard de la donation à cauſe des nôces en droit , ſuivant la loi *Res uxoris* , *C. de Don. inter*

vir. & uxor. La loi qui eſt pure, n'entre point dans la diſcuſſion de ce fait de conſommation : l'Arrêt du 7 Septembre 1559, en la cauſe du nommé Lamberty, décédé avant la conſommation du mariage, adjugea le douaire à la veuve ; il eſt rapporté par Charondas & par Tournet ſur l'art. 220 de la coutume de Paris.

41. Il eſt vrai que l'art. 229 de la coutume de Bretagne, requiert pour acquérir le doüaire que la femme ait mis le pied au lit du mari ; mais elle n'a rien dit davantage : *Præſumpto congreſſu conſuetudo contenta eſt*, dit M. d'Argentré ; & cette préſomption a lieu, dit il, quoique le mari fût hors d'état de conſommer le mariage, ſoit par maladie ou autrement. En un mot, la preuve que le mariage n'a pas été conſommé, ne doit pas être admiſe, parce que cette préſomption de la loi en ce cas eſt *juris & de jure*, fondée ſur l'honnêteté & la pudeur qui ſeroient bleſſées par la dépoſition des témoins.

Ainſi il y a lieu de s'étonner que M. l'Hoſte ſur la coutume de Lorris, chap. 8, art. 1, eſtime qu'il n'y a point en Bretagne de communauté avant la conſommation du mariage, & qu'il cite l'article 229 de cette coutume pour le prouver, puiſque cet article ne parle point de la conſommation.

42. Mais ſi le mariage eſt nul par impuiſſance du mari, dans le cadavre duquel s'eſt trouvé un défaut de conformation des parties naturelles, la preuve ſemble devoir être reçue en ce cas qu'il n'y a point eu de mariage, ni par conſéquent de communauté ni de douaire ; non pas à la vérité la preuve par témoins, mais celle qui ſe peut faire par la viſite du corps du mari décédé peu de tems après le mariage ; & ſi l'impuiſſance eſt manifeſtement prouvée, attendu qu'en ce cas il n'y a point eu de mariage, les conventions matrimoniales ne ſubſiſtent plus ; parce que la communauté & le douaire ſuppoſent qu'il a été célébré, & que les conjoints par conſéquent ont été capables de le contracter & de le conſommer, dit M. d'Argentré ſur l'article 429 de Bretagne.

Nam ſicuti cùm dicimus ſolo conſenſu perfici matrimonium, hoc intelligimus concubitum neceſſarium non eſſe, habilitatem tamen ponimus, ſine quâ nec matrimonium quidem eſt dicendum.

43. Mais ce qui vient d'être dit, ne doit s'entendre que lorſqu'il y a eu action intentée par la femme pour cauſe

d'impuiſſance, ou [*] que les trois ans que le droit canon lui donne pour ſe plaindre, ne ſont point écoulés

[*] Danty ſemble être d'avis que, lorſque les trois ans, que le droit canon donne à la femme pour ſe plaindre de l'impuiſſance de ſon mari, ne ſont pas écoulés, les héritiers du mari peuvent être reçus à demander la viſite du cadavre, même dans le cas où cette plainte n'auroit pas été formée par la femme; ce que je ne crois pas véritable. Car d'abord il ne pourroit réſulter de cette viſite que des conſéquences très-incertaines. Tout le monde ſçait que la nature ne s'aſtreint pas toujours à ſuivre ſervilement les loix qu'elle paroît s'être preſcrites. Comme on voit quelquefois des impuiſſans, qui ont à l'extérieur la confirmation des parties la plus ſaine & la plus complette; de même il peut arriver, & on a vu des hommes puiſſans, quoique la conformation des parties ne fût pas tout-à-fait à leur avantage. En général, les routes de la génération ſont un dédale impénétrable, juſquà préſent; aux plus ſçavantes recherches: c'eſt le grand myſtere de l'anatomie. On peut voir à ce ſujet les diſputes de MM. Lewenhoek, Andry & Valliſnéri. Dailleurs l'organiſation peut avoir été dérangée depuis le mariage, par accident, ou par la maladie; & ce n'eſt pas dans un cadavre flétri, deſſéché, altéré, qu'on retrouve toujours les traces de ce qu'il étoit auparavant. Mais, en ſecond lieu, quand cette impuiſſance ſeroit prouvée, il ne s'enſuivroit pas que le mariage ſeroit nul, ſi la femme ne s'étoit pas plaint de cette impuiſſance: la génération n'eſt pas la premiere ni l'unique fin du mariage. Quand Dieu voulut donner une femme à Adam, il dit: « Il n'eſt pas » bon que l'homme ſoit ſeul; faiſons-» lui une aide ſemblable à lui. » Telle eſt l'inſtitution du mariage; d'où l'on voit que la premiere fin de la ſociété de l'homme & de la femme eſt de ſe tenir compagnie, & de s'entr'aider dans leurs beſoins mut uels. Car il n'eſt pas abſolument néceſſaire d'avoir des enfans; mais il eſt néceſſaire d'avoir quelqu'un qui nous aide. Cependant le deſir d'avoir des enfans eſt mis en nous par la nature. Il eſt même aſſez ordinairement, & pour le plus grand nombre, un beſoin. Ce beſoin étant légitime, le deſir de le ſatisfaire eſt légitime auſſi. Il ne peut être honnêtement ſatisfait que par le mariage. Il peut donc être auſſi une fin honnête & légitime du mariage. Il peut donc être honnêtement & légitimement renfermé dans le conſentement que les parties contractantes ſe donnent mutuellement par l'union du mariage; & comme ce deſir eſt naturel en nous, il s'y trouve naturellement & ordinairement renfermé; d'où il ſuit que, lorſqu'une femme ſe plaint de l'impuiſſance de ſon mari, & que cette impuiſſance eſt prouvée, le mariage doit être déclaré nul, parce que par-là elle déclare que, dans le conſentement qu'elle a donné à ce mariage, étoit renfermé le vœu ſaint & légitime, le beſoin d'avoir des enfans; que ce vœu, ce beſoin ne pouvant être ſatisfait, ſon conſentement ne ſubſiſte plus; & c'eſt dans ce ſeul ſens que l'on peut dire que l'habileté à la génération eſt néceſſaire pour le mariage. Elle eſt néceſſaire d'une néceſſité relative; le défaut de cette habileté opere une nullité non abſolue, mais relative à ce qui a été renfermé dans le conſentement du conjoint; & parce que ce vœu ſe trouve naturellement & ordinairement renfermé dans le conſentement des conjoints, l'habileté à la génération eſt néceſſaire, ſuivant les loix naturelles, & dans les cas ordinaires. Mais auſſi, comme ce vœu n'eſt pas la premiere ni l'unique fin du mariage, ainſi que nous l'avons dit, il peut n'être pas renfermé dans le conſentement donné au mariage. Pour lors l'habileté à la génération ne ſera plus une condition du mariage, & le mariage pourra ſubſiſter ſans elle. Lors donc qu'une femme ne réclame pas contre l'impuiſſance de ſon mari, elle déclare par-là que le vœu de la génération n'a pas été renfermé dans le conſentement qu'elle a donné au mariage; que, par conſéquent, ce conſentement ne renfermoit pas la condition de l'habileté à la génération; d'où il ſuit que ce mariage eſt valide, même ſans cette habilete; &

avant la mort du mari ; autrement cette preuve ſeroit rejettée, la préſomption de la loi l'emportant en cette occaſion ſur la vérité même qu'elle défend d'approfondir : ainſi le mari eſt préſumé avoir été capable de conſommer le mariage, & c'eſt pourquoi les héritiers du mari ne ſont pas recevables à propoſer cette viſite pour ſe diſpenſer de payer à la veuve ſes conventions, parce qu'il n'y a qu'elle qui ſoit partie intereſſée en ce cas ; & les héritiers ſont même indignes d'être écoutés quand ils alleguent la turpitude du défunt qu'ils repréſentent.

44. Que ſi le mariage eſt nul par défaut de puberté [*], ou parce qu'il a été contracté ſans diſpenſe, entre parens en degrés défendus ou par quelqu'autre empêchement dirimant, la preuve en eſt toujours reçue, ſoit par témoins, ſoit par écrit [**], parce que l'état du mariage ne ſe peut preſcrire ; mais il faut qu'un des conjoints ſe plaigne [***] ; car il n'eſt permis à perſonne de troubler l'état d'un mariage concordant.

pour derniere conſéquence, que lorſque la femme ne s'eſt pas plaint de l'impuiſſance de ſon mari, les héritiers du mari, ni toute autre perſonne ne peuvent attaquer la validité du mariage par le prétexte d'impuiſſance.

La preuve de l'impuiſſance ne ſe peut faire par témoins, quand même ils dépoſeroient avoir entendu faire à l'accuſé l'aveu de ſa propre impuiſſance. La maniere de procéder à cet égard, eſt d'ordonner une viſite d'experts ; mais ; comme il peut arriver qu'un homme ait la conformation des parties en bon état, ſans être pour cela puiſſant, & que les experts ne peuvent prononcer que ſur la conformation des parties, lorſque la femme n'eſt pas contente du rapport des experts, elle peut demander à être viſitée elle-même, pour prouver que le ſceau de la virginité n'a pas été rompu. La preuve par le congrès qui s'étoit introduite dans les officialités par le plus grand de tous les abus, a été abolie par arrêt du parlement du 18 Février 1677.

[*] La preuve de l'impuberté eſt la même que celle de l'âge, la puberté ayant été déterminée par nos loix, d'après celles de Juſtinien, (Inſt. l. 1, tit. 22,) non par la diſpoſition des corps, comme cela ſe faiſoit anciennement, mais par un âge fixe & marqué, qui eſt de douze ans complets pour les filles, & de quatorze pour les garçons. Ainſi l'on ne ſeroit pas recevable à demander une viſite à ce ſujet.

Pour les fiançailles, il n'eſt pas néceſſaire d'avoir atteint l'age de puberté. On peut les contracter à ſept ans. *L.* 4, ff. *de Ritu nuptiarum.*

[**] Le juge ne peut prononcer la caſſation du mariage, que ſur le rapport de preuves claires. Quand même la partie aſſignée, pour voir prononcer la nullité du mariage, ne feroit aucune conteſtation, & même y conſentiroit ; cela ne diſpenſe pas le juge d'entrer dans un ſcrupuleux examen des cauſes de caſſation. La déclaration de la partie, quand elle offriroit de la confirmer par ſerment, ne forme point, même avec le concours du cri public, une preuve de l'empêchement dirimant.

[***] Pendant leur vie ; car après la mort de l'un des deux, ſes héritiers peuvent attaquer le mariage contracté illégitimement, s'ils ont quelqu'intérêt de le faire.

45. Si ce n'eſt que l'empêchement dirimant fût ſi notoire, (comme celui de parenté) qu'il causât un ſcandale public, car alors le promoteur pourroit demander permiſſion à l'official d'informer de l'inceſte [*].

46. Si le mariage a été contracté par crainte ou par force, la preuve par témoins en eſt auſſi reçue ; mais les circonſtances doivent être graves pour accorder cette preuve ; car la préſomption eſt toujours que la perſonne qui ſe plaint, quoiqu'elle n'ait pas conſenti pleinement d'abord, a mieux aimé le mariage dans la ſuite, que de s'expoſer à ſouffrir la choſe dont on la menaçoit : ainſi eſt-il d'une fille qui ſe marie avec une perſonne qu'elle n'auroit jamais épouſée, ſi ſon pere ne l'y eut contrainte, la loi préſume qu'elle a ratifié depuis le mariage par un nouveau conſentement [**]. Au ſurplus dans tous ces cas, en prouvant qu'il n'y a point eu de mariage, on prouve par conſéquent qu'il n'y a point eu de communauté.

Voy. le chapitre ſuivant au ſujet des contrats faits par force & par crainte.

47. A l'égard des coutumes qui admettent la communauté après an & jour, entre conjoints, la preuve qu'il y a communauté, eſt le mariage ſubſiſtant après le laps

[*] Une déclaration du 15 Juin 1697 permet aux procureurs du roi, lorſque le mariage a été célébré par un autre que le propre curé, ſans diſpenſes, d'aſſigner les parties dans l'année de la célébration, pour être condamnées à ſe retirer devant l'évêque pour réhabiliter leur mariage ; & lorſque le procureur du roi n'agit pas, elle permet aux promoteurs, dans ledit terme, ſur une permiſſion par écrit de l'évêque, d'aſſigner les parties devant l'évêque pour repréſenter l'acte de la célébration de leur mariage ; & ſi elles ſont en demeure de le repréſenter, ou ſi elles n'obéiſſent pas à l'ordonnance de l'évêque pour la réhabilitation de leur mariage, il eſt enjoint aux juges & officiers royaux ſur l'avis qui leur en ſera donné par l'évêque de les contraindre à ſe ſéparer par condamnation d'amende, ſauf à l'évêque à les contraindre de ſon côté par cenſures.

[**] Voyez dans Denizart, *verbo* MARIAGE, l'arrêt de la dame Rapaly qui prétendoit avoir été contrainte par ſa mere & ſon beau-pere à épouſer le ſieur Rapaly. Elle s'étoit, diſoit-elle, jettée à leurs pieds la veille du mariage pour les ſupplier de ne pas exiger d'elle ce ſacrifice ; & ils l'avoient menacée de l'enfermer dans un couvent, ſi elle ne conſentoit. Elle alléguoit encore la crainte d'un état de miſere, auquel ſon beau-pere & ſa mere la condamnoient, ſi elle réſiſtoit ; enfin elle demandoit à prouver qu'à l'égliſe elle avoit répondu *non* au prêtre qui lui avoit demandé ſon conſentement ; & elle aſſuroit que le mariage n'étoit pas encore conſommé, quoiqu'elle eût couché environ quinze nuits avec le ſieur Rapaly. Tout cela fut impuiſſant : elle avoit ſigné le contrat de mariage, & l'acte de célébration. Les menaces qu'elle alléguoit, ne parurent pas de nature à opérer la violence que les loix exigent pour annuller le mariage. La ſentence de l'official la débouta de ſa demande à fin de faire preuve des faits ; & elle fut confirmée par arrêt intervenu ſur les concluſions de M. Dagueſſeau, avocat général, le 16 Décembre 1728.

de l'an & jour; & cette préſomption ſe trouvant écrite dans la coutume, cette clauſe tacite de leur contrat de mariage s'accomplit en quelque ſorte ſans qu'il y ait rien du fait des conjoints: ce ſeroit y donner atteinte, & ouvrir la voie aux avantages indirects que de donner aux conjoints un moyen pour y déroger, en leur accordant la preuve par témoins du contraire.

48. Il y a auſſi des coutumes où la communauté n'a point lieu ſi elle n'eſt ſtipulée comme celle de Touraine, article 231. où elle peut néanmoins avoir lieu quelquefois par le fait ſeul des conjoints; ſçavoir, par le mêlange de leurs biens, notamment quand il arrive qu'on ne peut plus reconnoître auquel des deux ils appartiennent, à cauſe qu'ils en ont joui en commun: *Quod non facit voluntas, facit inſeparabilis confuſio;* c'eſt le ſentiment de Pallu ſur cet article ſuivant la gloſe ſur la loi *Adeò* §. *Prætereà de acquirendo rer dom.* Or dans ce cas la preuve par témoins peut être admiſe du mêlange & de la jouiſſance des biens en commun; ce qui n'eſt point contraire à l'ordonnance de Moulins, parce qu'il ne s'agit point de prouver par témoins une convention entre les conjoints, puiſqu'on ſuppoſe qu'il n'y en a eu aucune, mais ſeulement de prouver un fait qui eſt le mêlange des biens.

49. Enfin il eſt conſtant que la communauté n'eſt point acquiſe, comme dit Coquille en ſes Inſtituts, titre des Communautés, par la demeure que font deux ou pluſieurs perſonnes enſemble, comme le pere avec le fils, ou un frere avec ſon frere.

50. Et quelques coutumes, comme celle d'Orléans, article 213, requierent en ce cas une convention expreſſe & par écrit; ce que le même Coquille, *ibidem*, dit avoir été ajoûté, ſuivant l'article 54 de Moulins. [*] A plus forte raiſon cette ſtipulation expreſſe eſt néceſſaire en pays de droit écrit ou dans les coutumes qui excluent la communauté.

51. On demande ſi on peut prouver par témoins qu'il y a eu une ſéparation de biens entre conjoints; & il eſt aiſé de répondre que cette preuve n'eſt pas recevable, [**]

[*] Voyez ci-deſſous la ſeconde note du n. 53.

[**] Dans les coutumes qui n'admettent pas la communauté, la ſépara-

puiſque même toute ſorte de preuve par écrit n'eſt pas reçue en ce cas, parce que cette ſéparation détruiſant la foi d'un contrat de mariage, & étant contraire à la diſpoſition de la loi qui a introduit la communauté, elle ne peut être faite que par autorité de juſtice, avec connoiſſance de cauſe, & par une ſentence qui eſt une preuve par écrit: ainſi un acte ſigné des conjoints, dans lequel ils auroient pris la qualité de Séparés de biens, ne ſeroit pas une preuve légitime de leur ſéparation, ni même un commencement de preuve par écrit qu'il y en a eu une, quand la ſentence qui l'a ordonnée n'eſt point rapportée; car ſi cela avoit lieu, il ſeroit facile de faire admettre la preuve par témoins par des actes concertés entre les conjoints, & de faire préjudice à de légitimes créanciers qui auroient contracté de bonne foi avec l'un des deux conjoints, en qualité de Communs en biens, ſans avoir eu connoiſſance de cette ſéparation. Par la même raiſon, après une ſéparation juridique, il ne ſeroit pas permis de prouver auſſi par témoins que cette ſéparation ne ſubſiſte plus; parce qu'il eſt de l'intérêt public que l'état & la qualité des perſonnes ne dépendent pas de leur caprice, & que quand deux conjoints ſe ſont fait ſéparer par autorité du juge, (comme ils ne le peuvent faire autrement) la communauté ne ſoit rétablie entr'eux que par la même autorité du juge. C'eſt pourquoi ſi la ſéparation a été faite ſans connoiſſance de cauſe, &, comme on dit, *bonâ gratiâ*, & du conſentement des conjoints qui ont tranſigé enſemble volontairement, pour détruire cette tranſaction, il n'eſt pas néceſſaire de prouver le contraire de ce qu'elle porte, ni par écrit ni par témoins; parce que cette tran-

tion de biens a lieu de droit, & n'a pas beſoin d'être prouvée: au contraire, on eſt obligé de prouver la communauté. Mais dans celles qui admettent la communauté, la ſéparation eſt excluſe par une préſomption de droit en faveur de la communauté; & pour détruire cette préſomption & prouver la ſéparation, 1° il faut une preuve par écrit, parce que l'ordonnance veut, que de toutes les choſes qui excedent la ſomme de cent livres, il ſoit paſſé un acte par écrit. 2° Cet acte ne peut être qu'une ſentence de ſéparation, qui doit par conſequent ſe prouver par écrit, ou qu'un contrat de mariage qui dérogeroit à la coutume par une clauſe de ſéparation. Tout autre acte entre les conjoints, qu'un contrat de mariage pour opérer cette ſéparation, ſeroit un avantage indirect, qui leur eſt interdit par la loi.

ſaction eſt nulle de plein droit, & ne peut produire aucun effet, ſi ce n'eſt qu'elle eut été hommologuée en juſtice en connoiſſance de cauſe. Et même quand la ſéparation auroit été faite par ſentence, ſi cette ſéparation eſt demeurée ſans exécution, & que les conjoints ſoient toujours demeurés en communauté, cette ſentence eſt de nulle conſidération, la préſomption étant que les conjoints ont renoncé à s'en ſervir quand il ne paroît pas qu'il y ait eu enſuite un inventaire des effets communs, & un partage, ou une renonciation de la femme à cette communauté, leur étant libre de ne pas exécuter cette ſentence, & de demeurer comme ils étoient auparavant en communauté; d'où il s'enſuit que cette ſentence de ſéparation ne fait pas foi toute ſeule en ce cas; il faut que l'inventaire des biens qui reſtent de la communauté, ou l'enquête qui marque qu'il n'en reſte plus, & qu'ils ont été diſſipés par le mari, ou l'acte par lequel la femme a renoncé à cette communauté, ſoient rapportés. C'eſt pourquoi pluſieurs coutumes ont ſagement ordonné que les ſentences de ſéparation ſeroient publiées; ce qui s'obſerve auſſi entre marchands, ſuivant l'ordonnance de 1669; & c'eſt pour cela que la coutume de Paris, article 224. veut auſſi expreſſément que la célébration ſoit effectivement exécutée.

Berry, tome 1, art. 48 & 49.
Orléans, art. 178.
Bourbonnois, 73.
Blois, 3.
Dunois, 58.
Montargis, c. 19, art. 19.

Il eſt certain encore que pour donner une ſéparation de biens entre conjoints, il faut des preuves par écrit, ou une preuve par témoins de la diſſipation du mari. Brodeau ſur M. Loüet lettre S, n. 16. ajoûte que la preuve par témoins n'eſt pas néceſſaire pour prouver cette diſſipation quand elle eſt notoire, ou qu'il y en a preuve par écrit: il en rapporte trois arrêts, l'un du 14 Août 1621. l'autre du 9 Juillet 1627, & l'autre du mois de Juin 1628, qui homologuerent des tranſactions, par leſquelles ſans enquête précédente, des perſonnes de la premiere qualité avoient conſenti une ſéparation de biens entr'elles, pour cauſe de diſſipation.

Quant à la ſéparation d'habitation, comme elle n'eſt ordonnée qu'à cauſe des ſévices & des mauvais traitemens du mari, il n'y a nulle difficulté que la femme ne ſoit recevable

recevable à les prouver par témoins, parce qu'il ne s'agit en cela que de la preuve d'un fait, & non d'aucune convention. [*]

52. A l'occaſion de la comunauté, on peut parler des ſociétés, & demander ſi une ſociété tacite ſe peut prouver par témoins. Par exemple, deux perſonnes ont mis tous les fruits par eux recueillis chacun ſur ſon héritage en une même grange confuſément; ils les ont vendus enſemble à diverſes fois, & ont mis l'argent dans le même coffre, ſur quoi il faut diſtinguer

53. 1° Si la conteſtation eſt entre perſonnes dont les biens & le domicile ſoient ſitués ès coutumes, où la ſociété ou communauté de biens ſe contracte par la demeure des perſonnes enſemble ſans écrit, & par le ſeul laps de temps, comme en Anjou. Dans ce cas, on peut demander à faire preuve de mêlange des biens, pour en induire enſuite une ſociété tacite, mais non pas demander directement à faire preuve de cette ſociété tacite par témoins, parce que la ſociété eſt un contrat qui doit être rédigé par écrit. Il faut diſtinguer 2°, ſi c'eſt entre marchands; car, à leur égard, [**] le titre quatre des Sociétés de l'ordonnance de 1673, article 1, veut que toute ſociété ſoit redigée par écrit par-devant Notaire, ou ſous ſignature privée, conformément à l'ordonnance de Moulins, & à celle de 1667; elle défend de recevoir aucune preuve

[*] Les ſévices & les mauvais traitemens ne ſont pas les ſeules cauſes de ſéparation d'habitation: les auteurs en fixent encore d'autres, comme ſi le mari a deshonoré ſa femme en l'accuſant témérairement d'un crime capital; s'il lui a donné pluſieurs fois *luem veneream*, & perſiſte dans la débauche; enfin, ſelon quelques auteurs, s'il vient à faire une profeſſion ouverte d'héréſie. Le mari peut auſſi former la demande en ſéparation d'avec ſa femme, lorſqu'elle eſt convaincue d'adultere. Tous ces griefs ſe peuvent prouver par témoins; mais le juge ne doit pas prononcer la ſéparation ſans grande connoiſſance de cauſe, quand même l'accuſé déclareroit qu'il acquieſce à la demande de l'autre. Les nœuds qui ont formé la ſociété entre les époux, ſont trop reſpectables pour leur permettre de les rompre à leur gré. C'eſt pourquoi l'accuſé ayant été aſſigné aux fins de la requête, le juge examine d'abord ſi les faits ſont ſuffiſans pour donner lieu à une ſéparation au cas qu'ils fuſſent prouvés. S'il ne les juge pas tels, il donne congé de la demande, & force les conjoints à retourner enſemble. Si, au contraire, il penſe qu'ils pourront être ſuffiſans, s'ils ſont prouvés, il en permet la preuve avant toute choſe.

[**] Le titre quatre de l'ordonnance de 1673 ne regardepas les marchands d'une maniere particuliere, comme remarque fort bien M. Jouſſe. « Cet arti-» cle, dit-il, ne regarde pas ſeulement » les ſociétés entre marchands, négo-» cians & banquiers, mais auſſi celles » qui ſe font entre gens d'affaire, & » entre toutes autres perſonnes qui » s'aſſocient enſemble pour un com-

par témoins, contre & outre le contenu en l'acte de ſociété, ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agît d'une ſomme, ou d'une choſe au-deſſous de cent livres. Dans toutes les autres coutumes que celles qui admettent la ſociété ou communauté tacite des biens par la demeure de perſonnes enſemble, il eſt certain que les ſociétés y doivent être rédigées par écrit ; & la preuve par témoins qu'il y en a eu une, n'y peut être admiſe qu'au cas qu'il y en ait un commencement de preuve par écrit [*]. Il y a auſſi une

» merce de marchandiſe, d'argent, ou » autres entrepriſes. »

[*] Dans le droit, la ſociété peut ſe contracter par le ſeul conſentement des parties ſans écriture, *Inſt. de Oblig. ex conſ. in princ.*

Auſſi, anciennement la communauté tacite entre toutes perſonnes vivantes enſemble à commune bourſe & dépenſe, étoit d'une pratique univerſelle dans le royaume, comme le prouve, par l'autorité de Beaumanoir, Me de Lauriere dans ſa Diſſertation à la fin des Œuvres de Loyſel, *fol.* 12 & 13.

Pluſieurs coutumes ont rejetté expreſſément ces ſociétés tacites : d'autres les ont admiſes par des diſpoſitions préciſes ; d'autres gardent le ſilence à ce ſujet. Dans les coutumes qui ont admis les ſociétés tacites, l'ordonnance qui veut que les ſociétés ſoient rédigées par écrit, ne doit pas avoir lieu. La diſpoſition de ces coutumes regarde non-ſeulement les habitans de la campagne, mais encore ceux des villes : c'eſt l'avis de le Brun, Tr. des com. tacit. introd. & il réfute le ſentiment contraire de Coquille ſur l'art. 1 du chap. 22 de la Cout. de Nivernois.

Pour ce qui eſt des coutumes muettes, il y a plus de difficulté : le Brun, *ibid.* penſe qu'on doit admettre la communauté tacite entre les gens de la campagne.

Brillon, dict. des arr. let. S, *verbo* SOCIÉTÉ ENTRE FRERES, cite deux arrêts du parlement de Toulouſe des 18 Novembre 1569, & 2 Août 1582, tous deux en faveur de la communauté tacite, & d'autant plus conſidérables, qu'au pays de droit écrit la communauté, entre mari & femme n'a pas lieu ſans ſtipulation.

M. Cambolas, liv. 5, ch. 42, à la ſuite de l'arrêt de 1627, admet la ſociété tacite, ſuivant les circonſtances.

Mornac, ſur la loi 31, *ff. pro Socio*, eſt d'avis contraire.

Au reſte pluſieurs conditions ſont requiſes pour qu'il ſoit cenſé y avoir communauté entre deux perſonnes vivans enſemble autres que mari & femme. Le Brun les fixe à huit ; 1° qu'ils ſoient majeurs ; 2° qu'ils ſoient uſans de leurs droits, & non ſous la puiſſance de leurs parens ; 3° qu'ils ayent une demeure & vie commune ; 4° ſelon la plûpart des coutumes, que cette vie commune ait duré an & jour ; 5° qu'il n'y ait point d'acte ni proteſtation contraire ; 6° qu'ils aient eu volonté de faire ſociété ; 7° qu'ils ſe ſoient communiqué reſpectivement leurs émolumens & leurs pertes ; 8° que les aſſociés ou le maître de la ſociété aient contracté au nom commun.

La vérification de ces conditions engendre néceſſairement une multitude de procès qui fait voir l'inconvénient de ces ſortes de ſociétés, & doit les faire rejetter dans les coutumes qui n'en parlent pas.

Cependant il eſt toujours vrai de dire que lorſque deux perſonnes vivent enſemble, faiſant bourſe commune, & confondant leurs meubles & leurs profits, on ne pourroit pas attribuer les meubles & effets à l'un plutôt qu'à l'autre, & ſe diſpenſer de les admettre au partage par moitié. Il n'y auroit d'exception que pour les biens que l'un d'eux prouveroit bien diſtinctement lui être propres & particuliers venans d'ailleurs que de la commune collaboration.

diſtinction à faire entre la preuve de l'exécution ou inexécution de la ſociété, & la preuve de la ſociété. Charon-

Ainſi il n'y aura pas de communauté tacite; mais tout ſera réputé commun entr'eux, s'il n'y a preuve du contraire, l'un ne devant pas être de meilleure condition que l'autre, par rapport aux biens qui ne ſeront pas prouvés appartenir à l'un plutôt qu'à l'autre.

Enfin il y a des cas où les circonſtances ne laiſſent pas lieu de douter qu'il y ait eu une ſociété tacite, quoiqu'elle n'ait pas été rédigée par écrit; comme s'il eſt prouvé par quelque écrit, que deux perſonnes ont négocié enſemble; qu'après la négociation, l'un des aſſociés a vendu quelque choſe dépendant de la ſociété; que tous deux ont aſſiſté au compte qui a été fait avec leurs créanciers; ſi la ſociété a été reconnue en jugement, & autres conjectures dont on peut induire une ſociété. (Conſér. de Born. *hoc tit.*) En effet l'intention de l'ordonnance n'a été que d'exclure à ce ſujet la preuve par témoins toujours très-incertaine & ſujette à la fraude, & non pas les preuves d'un autre genre, dans le cas où il n'y auroit pas eu d'acte de ſociété rédigé par écrit, ou bien où on ne pourroit pas le repréſenter.

On diſtingue trois ſortes de ſociétés.

La premiere appellée *générale* ou *ordinaire*, ou *compagnie libre*, eſt celle qui ſe contracte entre deux ou pluſieurs perſonnes, & dans laquelle les aſſociés conferent également leur argent & leurs ſoins. Tous les actes de cette ſociété ſe paſſent ſous les noms des aſſociés qui l'ont contractée, ſoit que ces noms ſoient exprimés chacun en particulier, ſoit qu'ils ſoient exprimés collectivement, par exemple, ſous le nom d'un tel & compagnie. Elle oblige, non-ſeulement ceux qui en portent le nom, mais auſſi les aſſociés en icelle, tant pour le fonds ou capital qu'ils y ont mis, que pour le plus qu'il pourroit y avoir de perte, comme ſi tous y étoient nommés & ſolidairement obligés.

La ſeconde eſpece de ſociété eſt celle qu'on appelle *en commandite*. Elle ſe fait entre pluſieurs aſſociés dont l'un ne fournit que ſon argent, & les autres donnent leur argent & leur travail, ou leur travail ſeulement, pour leur tenir lieu de fonds, ou d'une partie de ce fonds qu'ils ſont diſpenſés de fournir. Ceux qui ſont ainſi aſſociés en commandite, ne ſont point obligés ſolidairement aux dettes de la ſociété. Ils ſe contentent de fournir leurs deniers ſans faire aucune fonction, & ſans paroître en aucune maniere dans les achats & ventes, obligations, billets, ou autres actes concernant le commerce; mais ils participent ſeulement dans les profits ou pertes juſqu'à concurrence de la part & portion qu'ils ont dans la ſociété; ce qui fait que le plus ſouvent ces ſortes de ſociétés ſe font avec des perſonnes qui ne ſont pas négocians, & quelquefois même avec des officiers & des perſonnes de diſtinction. Voyez M. le Preſtre, 2e Cent. chap. 79.

La troiſieme eſpece de ſociété eſt celle qu'on appelle *anonyme*, c'eſt-à-dire, qui ne ſe fait ſous aucun nom. Ceux qui ſont enſemble cette ſociété travaillent chacun de leur côté ſous leurs noms particuliers, & ils ſe rendent réciproquement compte les uns aux autres des profits & des pertes qu'ils ont faites, qu'ils partagent & ſupportent en commun. Ces ſociétés ſont le plus ſouvent verbales; & comme elles n'ont quelquefois pour objet qu'une ſeule entrepriſe, elles ne durent que le tems qu'il faut pour faire l'achat, ou la vente, ou le partage; ce qui fait auſſi qu'elles ſont appellés *ſociétés momentanées*.

Ces ſociétés anonymes ſe peuvent faire de pluſieurs manieres. La premiere, qu'on appelle *ſociété* ou *compte de participation* ſe fait lorſqu'un marchand, à l'arrivée, par exemple, d'un vaiſſeau chargé de marchandiſes, écrit à ſon correſpondant en lui envoyant l'état de ces marchandiſes, pour ſçavoir de lui s'il veut prendre quelque part, ou intérêt dans l'achat & la vente qui s'en doit faire, pour les revendre enſuite pour leur compte; & que le correſpondant accepte la propoſition qui lui eſt faite, & remet en conſéquence au marchand qui lui a donné cet avis, ſa part des fonds ſuffiſans pour faire cet achat. Alors il ſe forme une ſociété paſſagere entre ce

das, l. 7, Resp. ch. 210, en rapporte une espece au sujet d'une association pour vente de bois, de laquelle il n'y avoit eu aucun acte passé devant Notaires, ni sous signature privée : mais le défenseur ne dénioit pas cette association, il soutenoit seulement que le demandeur n'y ayant pas

marchand & son correspondant, en vertu des lettres respectives qu'ils se sont écrites l'un & l'autre ; & en conséquence de cette société, celui qui achete les marchandises, s'oblige envers l'autre de lui rendre compte de l'achat, ainsi que des profits qu'il y aura sur la vente, & de participer à la perte, s'il y en a. De même le correspondant s'oblige envers l'autre associé, tant au payement de sa part de l'achat des marchandises & autres frais, qu'à participer aux pertes & profits qui pourront se faire en la vente.

Une autre espece de *société anonyme* est celle qui se fait par des marchands qui vont ensemble, ou l'un d'eux seulement, dans des foires, & quelquefois même en pays étrangers, pour y acheter ou vendre les marchandises dont ils conviennent, & qui s'associent à cet effet pour lotir entr'eux les marchandises, ou pour partager les profits & pertes suivant les parts & portions dont ils sont convenus. Ces sociétés se font non-seulement entre marchands & négocians, mais aussi quelquefois avec des personnes qui ne sont pas de cette profession.

D'après ces notions, il est facile de décider la question de sçavoir si on peut admettre la preuve par témoins au sujet des sociétés. A l'égard de la société générale, & de celle en commandite, cette preuve est absolument réprouvée. L'art. 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 s'explique formellement à ce sujet. « Toute société générale ou en com-» mandite sera rédigée par écrit, ou » par-devant notaires, ou sous signature » privée; & ne sera reçue aucune preuve » par témoins contre & outre le contenu » en l'acte de société, ni sur ce qui seroit » allégué avoir été dit, avant, lors ou » depuis l'acte encore qu'il s'agit d'une » somme ou valeur moindre de cent » livres. »

C'est pourquoi ceux qui font ensemble une société, doivent avoir soin d'écrire dans l'acte qui l'établit toutes les conventions qu'ils veulent qui soient exécutées; car c'est-là la loi qui doit régler les parties; & s'ils jugent à propos dans la suite d'y faire quelque changement, il faut qu'ils expliquent leur intention par un nouvel écrit.

Il en est autrement des sociétés appellées *anonymes*. Celles-ci se font le plus souvent de marchand à marchand, verbalement & sans aucun écrit, ainsi que nous l'avons observé, & sont appuyées sur la bonne foi du commerce: il arrive rarement que les marchands qui les ont contractées, les désavouent. Mais dans le cas où cela seroit, on peut appliquer à cet égard ce que les auteurs observent pour les marchés qui se font de marchand à marchand, soit dans les foires, soit hors des foires: les juges consuls qui en connoissent ne sont pas astreints à la disposition de l'ordonnance, & peuvent, selon les circonstances, en admettre la preuve par témoins, quoique l'objet excede la somme de cent livres; ce qui ne les dispense pas de se procurer la preuve par écrit toutes les fois que cela est possible; comme dans le cas du compte de participation les lettres respectives des deux correspondans. Les juges ordinaires ne peuvent admettre la preuve testimoniale de ces sociétés, que lorsqu'il y en déja des commencemens de preuve par écrit.

Le Code civil de Savoye, liv. 2, tit. 17, chapire 5, n. 1. a la même disposition que notre ordonnance de 1673. « Tou-» tes les sociétés, porte cet article, se » feront par actes authentiques reçus par » notaire, ou bien par écritures de main » privée, signées par les parties, & » par deux témoins dignes de foi; & » l'on ne pourra admettre en fait desdites sociétés aucune preuve par té-» moins, ni d'autre sorte, devant icelles » avoir leur effet précisément suivant les » termes de la stipulation, sans qu'on » puisse alléguer que l'on est convenu » de quelque chose de plus, ou du » moins, avant ou après le contrat, à » moins qu'on n'en fasse conster par une

satisfaitde sa part, elle étoit nulle. Et parce que, dit Charondas, il ne s'agissoit pas précisément de prouver par témoins qu'il y avoit eu une association, puisque le défendeur en convenoit tacitement, mais seulement de l'inexécution de cette convention, la preuve en pouvoit être admise [*] : aussi, par arrêt du 12 Janvier 1584, celui qui avoit appellé de l'appointement de contrariété, fut déclaré non recevable.

54. Mais s'il y a eu effectivement une société contractée par écrit, entre plusieurs personnes, la question est de sçavoir si la preuve par témoins sera admise de la dissolution de cette société.

55. Et il semble que régulièrement il faut une preuve par écrit en ce cas, comme un inventaire des effets de la société, un partage, ou un acte de renonciation de l'un des associés, suivant la maxime : *Eodem jure res dissolvitur quo contrahitur.*

56. Néanmoins : comme il ne s'agit pas en ce cas de la preuve d'une convention, parce que l'un des associés peut renoncer à la société, même malgré les autres co-associés, personne ne pouvant être obligé de demeurer en société, il semble qu'on ne peut appliquer la décision de l'ordonnance ; outre qu'une societé peut finir par plusieurs autres moyens que par une convention ou par un acte par écrit. Par exemple, si le fonds dont elle étoit com posée, est entièrement épuisé, ou que le négoce pour lequel on l'a entrepris soit fini, ou si les associés s'en sont départis manifestement en cessant tout commerce ensemble, lesquels faits emportent d'eux-mêmes la dissolution de la société, & peuvent se prouver par témoins ; & on ne peut pas dire que ce soit admettre en ce cas la preuve testimoniale contre un acte par écrit, qui est le contrat de société, parce que toute société est un contrat, dont la

» autre écriture, où l'on fasse mention » de la précédente. »

[*] Car en cette occasion il s'agit simplement d'un fait & non d'une convention, ou de quelque chose qui y ait rapport. C'est par la même raison, quoique dans une circonstance bien différente, que M. Jousse sur l'article 4 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, dit : « Je » puis prouver par témoins qu'un locataire qui a joui de ma maison pendant un certain nombre d'années, en » a effectivement joui, parce qu'indépendamment du contrat de louage la » jouissance est un fait public qui me » produit une action ; & en cela je ne » demande point à prouver une convention directement ni indirectement ; » & par conséquent, je ne contrevien» point à l'ordonnance. »

condition eſt de ne pouvoir toujours durer, & lequel eſt anéanti de plein droit par les faits ci-deſſus marqués, ſi les aſſociés ne le renouvellent par une nouvelle convention [*].

57. Ce que deſſus n'a lieu pourtant que pour les ſociétés limitées à certains fonds, ou à certain négoce qui peutfinir : il faut dire le contraire de la ſociété univerſelle de tous biens, laquelle ne ſe préſumant point par le mêlange des biens ſans acte par écrit, & ne ſe pouvant prouver par témoins ès coutumes qui ne l'admettent point tacitement, ſi elle a été une fois contractée, ne

[*] Toute ſociété, quelle qu'elle ſoit, finit par la mort d'un des aſſociés, (L. 65, §. 9, *pro Socio*, Inſtit. lib. 3, tit. 16,) à moins que par l'acte ou contrat de ſociété, il n'y ait une clauſe au contraire, ou que depuis la mort de l'aſſocié, & indépendamment de cette clauſe, les parties euſſent conſenti à demeurer enſemble en ſociété. Mais quoique la ſociété finiſſe par la mort d'un des aſſociés, néanmoins les autres aſſociés reſtent toujours en communauté avec les héritiers de l'aſſocié défunt, parce que quoiqu'il ſoit vrai de dire que la ſociété eſt diſſoute par la mort, néanmoins il n'y a que le partage ou offre de partage qui rompe la communauté. V. la loi 40, ff. *pro Socio*; & la loi 21, §. 2, ff. *de Neg. geſtis*.

La preuve de la diſſolution de la communauté dans ce cas, doit ſe faire par l'acte de partage, ou offre de partage, & par autre écrit ſemblable, & non par témoins; car les parties intéreſſées ont pu ſe procurer cet acte par écrit. Et ce n'eſt pas aſſez de dire qu'il ne s'agit pas en cela de la preuve d'une convention; car, comme nous l'avons déja dit, la diſpoſition de l'ordonnance renferme non-ſeulement les conventions, mais généralement toutes les choſes qui y ont rapport, & dont celui qui demande à faire preuve a pu s'en procurer une par écrit.

La ſociété ſe réſout encore de plein droit; auſſi-tôt que la cauſe, pour laquelle elle avoit été entrepriſe vient à ceſſer, les aſſociés pour lors ont dû prendre la précaution d'aſſurer cette diſſolution, par un compte ou autre acte par écrit, par la raiſon que nous venons d'alléguer.

Lorſque l'un des aſſociés fait un abandon de ſes biens, ou que l'univerſalité de ſes biens eſt vendue, la ſociété eſt de même réſolue, Inſtit. *dicto tit.* Ce fait peut ſe prouver par le contrat de ceſſion ou le décret d'adjudication; par conſéquent la preuve par témoins en doit être excluſe.

La renonciation d'un des aſſociés, ſoit pour défaut d'union avec les autres, ſoit pour abſence, ou pour d'autres cauſes, ſuffit auſſi pour diſſoudre la ſociété ſans le conſentement des autres, même avant le tems où elle doit finir, ſuivant la loi 63, *in fine*, ff. *pro Socio*, & la loi 5, *Cod. eod. tit.*

Il faut que celui qui ne veut plus être aſſocié, faſſe ſignifier à tous ceux avec qui il avoit accoutumé de contracter ou de négocier, pour fait de la ſociété, la diſſolution d'icelle : autrement il demeureroit obligé envers eux; & même à l'égard des négocians & marchands, ces renonciations doivent, ſelon l'art. 4 de l'ordonnance, être publiées & enregiſtrées; faute de cela l'aſſocié qui a renoncé demeure toujours obligé par la ſuite à l'égard des étrangers avec qui la ſociété vient à contracter, comme s'il n'y avoit pas eu de renonciation de ſa part. Cette renonciation n'eſt valable qu'à l'égard des aſſociés, au cas que celui qui renonce à la ſociété, leur ait ſignifié ſon déſiſtement. Il eſt évident qu'à cet égard la preuve par témoins ne peut être admiſe, & que l'acte de renonciation doit ſeul faire preuve.

peut finir que par un mutuel consentement des parties, dont la preuve se doit faire par un inventaire, un compte, ou un partage des effets ou dettes de la société, qui emporte la dissolution de cette société ; sans cela comme elle a été contractée indéfiniment pour toujours, & pour toute sorte de commerce durant la vie des associés, on présume qu'elle continue toujours.

58. Et même dans ces coutumes qui l'admettent, on ne peut induire qu'il y a une société universelle de tous biens entre quelques personnes, de ce qu'ils ont mêlé partie de leurs effets ensemble, & de ce qu'ils en ont joui en commun, ni demander à en faire la preuve par témoins ; mais de ce mêlange limité, on ne peut induire, tout au plus, qu'une societé particuliere des biens possédés en commun.

59. La coutume de Naples rédigée par Bartholomæus de Capua, célebre Jurisconsulte, que Bartole *in l. Presbyteros*, appelle *Bartolutium*, & qui étoit un des premiers officiers de Charles II. duc d'Anjou, neveu de S. Louis, contient plusieurs dispositions touchant la preuve par témoins du contrat de mariage. Cette coutume a été commentée par un très-sçavant jurisconsulte appellé Napodanus, qui mourut en 1562 ; & ses décisions sont d'une grande autorité. Ses Commentaires ont été imprimés à Venise en 1598, avec les Notes de plusieurs autres Jurisconsultes.

60. Ce qui n'est remarqué ici qu'en passant en faveur de ceux qui voudront s'éclaircir plus à fonds sur le droit observé en ce royaume-là, touchant la preuve par témoins, & la preuve par écrit ; car il ne seroit pas à propos de transcrire ici toutes les difficultés qui y sont décidées, parce qu'elles n'ont point de rapport à nos mœurs.

61. Il suffira d'expliquer en peu de mots les termes des différens actes dont on se sert dans les mariages, dont les noms sont exprimés dans les statuts de cette ville, transcrits au commencement de ce Traité.

62. Napodanus, t. 8 *de Jure Dotium*, observe à l'occasion du mot de Dot, qu'autrefois le mari & la femme avoient coutume de s'acheter & de se donner mutuellement une dot : *Ne uxor*, dit-il, *videretur ancilla viri*,

unde dotem, quasi do item, quià præcedente in nuptias viri datione, sequitur dos uxoris.

63. *Quatra, seu quarta*, dit le même Napodanus, T. *de jure quartæ, fit antè instrumentum dotale per aliquam diem.* C'est une donation du mari à la femme ; mais ce n'est pas une donation à cause de nôces, parce qu'elle n'est pas donnée pour assurance de la restitution de la dot ; car elle est donnée en pur don à la future épouse, & elle peut excéder la dot. Cette quarte se prend *in omnibus bonis viri hereditariis censualibus & Emphyteuticis perpetuò concessis.*

Quod debet esse à principio certum, quod nec minuitur nec augetur ex bonis postèà acquisitis vel amissis. Et competit mulieribus viventibus jure Francorum : quarta autem competit mulieribus viventibus jure municipali. C'est ainsi que l'explique Vincentius Brilla *in Monothecis Parthenopæi*, imprimé à Naples en 1678.

64. *Dotarium seu Tertiaria*, est la troisieme partie des biens féodeaux du futur époux, dont la femme jouit à titre de douaire, & si le mari n'a point de fief, le douaire se donne en argent, & ce doüaire est proprement celui que les barons donnent à leurs femmes.

65. *Antefatum, id est quasi ante mortem*, c'est une donation faite à la femme d'une certaine somme d'argent, ou de quelque autre chose en pleine propriété, pour en jouir par elle, après la dissolution du mariage, quand il n'y a point d'enfans.

66. *Sponsalitia*, sont les présens que l'on fait à la fiancée.

67. La femme en ce pays peut avoir outre cela une donation à cause de nôces, pour assurance de la restitution de sa dot, qui s'appelle *Antipherna.*

Dantur enim ad hoc ut simul ad invicem utendo vir & uxor corrodant; vel dicitur corredum à reddo, quasi quod simul cum dote reddatur.

68. *Corredum*, sont les meubles que la femme apporte en se mariant, pour s'en servir conjointement avec son mari durant le mariage, & qui doivent être rendus à la femme après la mort du mari, en l'état qu'ils sont trouvés lors. La preuve par témoins est reçue à l'égard de ces sortes de meubles, & non pas à l'égard de ceux qui ont été apportés en dot au mari, comme dit *Antonius de Alexandro* en ses Notes sur cette Coutume.

69. A l'égard du terme *Psallia*, dont il est aussi parlé en cette coutume, *dicitur à Psallo*, qui veut dire chanter ; *Psallia, id est lætitia*, parce que c'est dans la joie des nôces que la femme donne la dot à son mari, laquelle il doit rendre en especes après sa mort, & non l'estimation.

Les

Les queſtions, qui ſont agitées dans ce Commentaire au ſujet de la preuve par témoins de tous ces actes différens, y ſont traitées avec beaucoup de ſolidité. Il ſuffira de marquer en paſſant un endroit qui a rapport à nos mœurs.

70. Il y a une queſtion, entr'autres, décidée par Napodanus, au ſujet du ſecond ſtatut de cette ville, qui porte que, *Contrà inſtrumentum dotale probatio nulla admittitur*, &c. Cet auteur, après avoir fait une diſtinction fort judicieuſe entre ce qui eſt de la ſubſtance de l'acte, comme le conſentement des parties, ce qui eſt de la nature, ou ce qui eſt une conſéquence naturelle de l'acte, comme la garantie de l'éviction dans un contrat de vente, & la forme de l'acte; dit que, quand on attaque le contrat de mariage dans ſa ſubſtance, la preuve au contraire n'eſt jamais admiſe.

71. C'eſt pourquoi il n'eſt pas permis d'articuler que c'eſt un contrat ſimulé, à l'effet de prouver par témoins la ſimulation, quoiqu'elle ſe pût, dit-il, prouver par écrit; ni de ſoutenir que la dot n'a pas été payée, quand le contrat exprime le contraire, ou qu'il y a une clauſe ſuperflue & à retrancher, ou qui a été omiſe par erreur. Quand même, dit-il, on feroit entendre à cet effet les témoins qui ont ſouſcrit le contrat de mariage. Que ſi, dit-il, on attaque la forme de l'acte, en ce cas la diſpoſition du ſtatut n'a pas lieu : *Quia tunc non tam ex objecto probationis quàm ex defectu ſui ipſius redditur nullum.*

72. Mais pour ſçavoir ſi le contrat de mariage eſt en forme en ce pays-là, il faut diſtinguer ce que c'eſt que *inſtrumentum originale*, & *authenticatum ; notariſcum & curialiſcum*, & ce que l'on appellle *introductum*, ſur quoi il ſeroit inutile de s'étendre davantage ſur ce ſujet.

Il ſuffit d'obſerver que les actes paſſés par ceux qui s'appellent *curiales*, & que l'on nomme par cette raiſon, *inſtrumenta curialiſca*, ne peuvent être argués de ſimulation, mais ſeulement de faux.

73. Ce qu'il y a de ſingulier en ce pays, eſt que les mariages s'y contractent en deux manieres, ou ſuivant le ſtatut de Naples, comme font tous ceux qui ne ſont pas de la premiere nobleſſe, ou bien *more magnatum*, c'eſt-

à-dire, ſuivant le droit commun ou le droit Romain, comme font tous les barons & grands ſeigneurs du royaume.

On peut voir en cet endroit les ſtipulations particulieres, qui font la différence de ces deux eſpeces de mariages.

74. En Portugal, Ordin. l. 3, t. 59, la preuve par témoins eſt auſſi défendue au-deſſus d'une certaine ſomme. Emmanuel Mendez de Caſtro *in juâ Practicâ Luſitanâ*, ch. 12, obſerve, au ſujet de la dot, que ſi un frere a promis verbalement de doter ſa ſœur, la preuve par témoins de cette promeſſe eſt reçue, & cite un arrêt de 1016, qui l'a jugé ainſi en ce royaume; ce qui marque combien cette dot en ce cas eſt favorable.

CHAPITRE VII.

Des Contrats ſimulés.

SOMMAIRE.

1. *Ce que c'eſt qu'un contrat ſimulé.*
2. *La prohibition de l'ordonnance eſt générale.*
3. *Elle a lieu dans les contrats de bonne foi & de droit étroit.*
4. *Diſpute touchant les pactes ajoûtés dans l'inſtant du contrat, terminée par cette prohibition.*
5. *Trois exceptions de la régle générale.*
6. *L'ordonnance n'a lieu en contrats ſimulés & frauduleux. Exemples.*
7. *Autre exemple de contrats ſimulés en cas de retrait.*
8. *L'ordonnance n'a point lieu auſſi, ſi le contrat a été paſſé par force, par crainte, par erreur de fait ou de droit. Diſtinction ſur ce ſujet.*
9. *Erreur de droit, en faveur de qui a lieu.*

10. *D'un acte ſuppoſé pour un autre acte, eſpece ſur ce ſujet.*

1. LA troiſieme queſtion touchant cette ordonnance, regarde les contrats ſimulés, dans leſquels on rédige par écrit une certaine convention, & on eſt d'accord d'une autre toute différente, ou quand on promet quelque choſe au-delà de ce qui eſt écrit, ou que l'on ſuppoſe une cauſe de la convention, & qu'il y en a une autre ſous-entendue entre les parties; comme celui qui fait ſemblant de vendre, dans le deſſein de donner, ou qui donne, dans le deſſein de vendre, & autres ſemblables, dont il y a pluſieurs eſpeces en droit, deſquels il y en a quelques-uns qui ſont permis, & d'autres qui ne le ſont pas, & d'autres auxquels on n'a non plus égard que s'ils n'avoient pas été écrits. Il faut les examiner tous, pour ſçavoir dans leſquels l'ordonnance a lieu, & ceux auxquels on ne doit pas l'appliquer.

2. Car l'ordonnance ſemble faire une prohibition générale par ces mots : *Sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors ou depuis ;* ainſi elle défend la preuve de tout ce qui n'eſt point nommément contenu au contrat. C'eſt pourquoi, ſi, par exemple, dans le contrat de vente, le vendeur allegue que l'acheteur lui a promis un prix plus conſidérable que celui porté au contrat, ou ſi l'acheteur ſoutient qu'on lui a vendu des choſes qui ne ſont point exprimées dans ce contrat

---

1. TERTIA circà hanc conſtitutionem ſequitur diſputatio, ſcilicet de ſimulatis contractibus : in quibus aliud ſcribitur, aliud paciſcitur; vel etiam plus quàm ſcriptum ſit promittitur : vel una cauſa ſimulatur, & alia inter partes ſubintelligitur, utpotè qui vendit animo donandi, vel donat animo vendendi, & de cæteris ſimilibus: de quibus in jure plures inveniuntur ſpecies. *a* Quarum, nonnullæ ſunt permiſſæ, *b* nonnullæ prohibitæ, *c* aliæ pro non ſcriptis habitæ, prout dictat juris æquitas, ſecundùm ſubjectam materiam. Et de his omnibus facienda eſt diſcuſſio, ut cognoſcatur quæ ad legem iſtam pertineant & quæ non.

2. Nam videtur hæc lex generalem afferre regulam, quâ, in his verbis, *Sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors, & depuis*, vult apertè nullam probationem afferri poſſe ultrà ea quæ nominatim & expreſſè ſcripta ſunt in contractu : ideoque in emptionis contractu, ſi venditor alleget majus pretium ei promiſſum eſſe, vel

a *In L. Si donationis, l. Si non donationis, l. Empti ſides, C. de Cont. empt. & in l. multùm intereſt, C. Si quis alter. vel ſib. l. cùm in venditione, l. Si quis donationis, ff. de contra. empt.*

b *Toto ferè Tit. plus valet. quod ag.*

c *Dict. L. Si quis donationis, §. fin. L. Vir. uxori, ff. ad Velleïan. l. Si res, ff. de jur. dot.*

ils ne ſont pas recevables à en faire la preuve par témoins ; quoiqu'ils articulent que c'eſt à deſſein, & du conſentement de l'un & de l'autre, que cela n'a point été rédigé par écrit, & encore qu'il s'agiſſe d'une ſomme moindre de cent livres, parce que ſi cela étoit permis, ce ſeroit retomber dans l'inconvénient que l'ordonnance de Moulins a voulu prévenir, ſçavoir, la multiplicité des faits, & la ſubornation des témoins, & les reproches que l'on peut fournir contre eux.

3. Et nous dirons la même choſe à l'égard de tous les contrats appellés *de bonne foi*, & de ceux appellés *de droit étroit*, dans tous leſquels cette ordonnance veut qu'on n'ait égard qu'à ce qui eſt rédigé par écrit, & que les parties ne puiſſent alléguer aucun autre fait. Voilà quelle eſt la déciſion générale de cette ordonnnance, par laquelle elle a abrogé toutes les diſpoſitions des loix Romaines, qui vouloient que les ſimples pactes convenus entre les parties à l'inſtant du contrat, fiſſent partie du contrat, comme s'ils euſſent été inférés, au ſujet deſquels on a agité pluſieurs queſtions fort ſubtiles en droit.

4. Car cette ordonnance termine toute cette diſpute, en rejettant la preuve par témoins, dans les cas qui excèdent cent livres, ſi toutes les conventions n'ont pas été rédigées par écrit ; car ce qui n'eſt pas écrit dans le con-

---

emptor res alias venditas ſibi, præter in contractu ſcriptas, non eis probandi per teſtes facultas dabitur, etiamſi ex induſtriâ, & ex convento, ſcriptura inter partes omiſſa eſſe dicatur, nec etiam ſi minoris quantitatis, quàm centum librarum fuerit ſumma, quæ ultrà contractum prætenditur, ne in hujus legis rationem ſemper incidatur, ſcilicet in litium anfractus, factorum involutiones, & teſtium ſubornationes, exceptioneſque.

3. Et idem dicemus in omnibus contractibus, vel bonæ fidei, vel ſtricti juris, ſuprà citatis, & aliis ſimilibus : in quibus ea quæ tantùm ſcripta ſunt ſervari cenſet hæc regia conſtitutio, nec aliud præter ſcripta inter partes requiri & allegari poſſe. Hæc eſt regula generalis legis iſtius, quâ abrogatæ videntur omnes leges, quæ volunt pacta in continenti appoſita, principali pacto ineſſe videri, & cohærentiâ contractûs veſtiri, ſi nuda erant; de quibus ſubtilis eſt in jure diſpenſatio.

a *L. Petent. & L. Juris gentium. §. Sed cùm nulla, ff. de pact. in l. pacta. conven. ff. de contr. empt.*

4. a Nam hæc lex, totam hanc diſputationem rejicit in rebus centum libras excedentibus ; ſi non expreſsè ſcripta ſint omnia pacta : quia quod

trat, quoique l'on ſoutienne que ce ſoit un pacte fait dans l'inſtant de la paſſation d'icelui, ou devant ou après, ne pourra pas être prouvé par témoins, ſuivant cette ordonnance ; enſorte que ce qui n'a point été écrit, ſera regardé comme s'il avoit été omis.

5. Néanmoins j'eſtime qu'il y a trois exceptions à faire de cette règle générale. 1° Quand ce pacte non écrit eſt une conſéquence & une ſuite néceſſaire du contrat de bonne foi ; par exemple, dans le contrat de vente, ſi l'on vend un héritage moyennant un certain prix, & que l'on ait omis de ſtipuler que le vendeur ſera tenu de la garantie, en cas d'éviction, l'acquéreur ne laiſſera pourtant pas d'avoir cette action de garantie contre le vendeur, en cas qu'il ſoit évincé, quoique cela ne ſoit point ſtipulé dans le contrat. Il faut dire la même choſe au ſujet de l'uſufruit qui ſe peut conſtituer, ou par un contrat de vente, ou par une donation, ſi en vendant ou donnant l'uſufruit d'une maiſon, on a omis de convenir que l'uſufruitier ſeroit tenu des choſes dont il doit être réguliérement tenu, comme d'entretenir les bâtimens, & autres charges ; on ne laiſſera pas de l'y contraindre, comme ſi cela avoit été rédigé par écrit ; il faudra dire la même choſe dans tous les contrats dont il a été parlé ci-deſſus, à cauſe de la bonne foi qui y doit être gardée plus exactement que dans ceux qu'on appelle *de droit étroit* ;

---

non ſcriptum erit in contractu, quantumvis incontinenti pactum, ante vel poſt contractum allegetur, de his per teſtes probatio non admittetur ex hâc regulâ generali ; adeò ut non ſcripta pro omiſſis omninò cenſeantur.

5. Hanc tamen regulam fallere tribus modis putarem. Primò, quotieſcumque ex naturâ contractûs ſcripti, venire vel ſubſequi debet aliquid, præter id quod ſcriptum ſit, & quod ex naturâ contractus, maximè bonæ fidei contractui, accedere debet : ut, exempli gratiâ, in venditione. Si fundus certo pretio vendatur, nec de evictione aliquid dicatur, nihilominùs de evictione agi poterit, ac ſi expreſſim ſcriptis conventa eſſet, quamvis nihil ſcriptum ſit. *a* In contractu etiam conſtitutionis uſusfructûs, quæ vel donatione, vel venditione, aliiſque modis fieri poteſt, ſi nihil dictum ſit de his quæ præſtare debet uſusfructuarius, ut de ſartis tectis, & aliis quæ reſpiciunt conditionem uſusfructûs, tamen de his agi poterit, ac ſi ſcripta eſſent. *b* Idemque in aliis contractibus ſupradictis, propter bonam fidem, quæ in his uberior eſſe debet, quàm in eis quæ ſtrictè

a L. Non dubitatur, ff. de Evict. l. 1, de per. & com. rei vend. l. Si major, C. de Con. rer. alien. l. 2, l. In venditione, ff. de Evictio.

b L. Hæredes, ff. De Uſufruct.

& c'eſt pourquoi ils ne ſont point tellement compris dans cette ordonnance, que la bonne foi ne doive toujours l'emporter, à laquelle le juge doit avoir égard en toute occaſion, parce qu'elle fait partie de l'eſſence & de la nature du contrat.

6. 2° Cette ordonnance n'a point lieu dans tous les contrats ſimulés, & autres actes qui ſont faits en fraude de la loi, ou pour tromper un autre. Par exemple, il étoit défendu, en droit Romain, au mari & à la femme de ſe donner, de crainte que, par un amour réciproque, l'un ne ſe ruinât pour enrichir l'autre. Ce qui eſt auſſi défendu par la plûpart de nos coutumes, comme par celle d'Angoulême, art. 52, tit. des Donations, s'il y a des enfans; & dans celles de Tours, Paris & Meaux. Cependant on a ſouvent vu qu'un mari & une femme ſe ſont ſervis de contrats permis, pour faire fraude à la Loi, qui leur défend de s'avantager : ainſi une femme, qui ne pouvoit donner à ſon mari, lui vendoit un fonds, ou à une perſonne qui lui étoit affidée, à la charge que, ſuivant la convention ſecrettement faite entr'eux, le fonds vendu appartiendroit au mari, dont le droit Romain nous fournit des eſpeces & de pluſieurs autres cas ſemblables. De plus, en la coutume de Poitou, art. 215, des Donations, il eſt défendu aux pere & mere d'avantager un de leurs enfans au

a *L. Ex empto, ff. de Act. empt. Dot. in §. actionum. Inſt. de Act.*

b *Dict. l. ex empto, & L. Quia tantumdem, ff. de Neg. geſt. gl. In l. In bonæ fidei. C. de pact's.*

c *L. 1, l. cùm hic ſtatus, & toto feré tit. de don. inter vir & uxor.*

d *Art. conſ. 52, tit. de don.*

e *Art. conſ. 243, titul. de donation.*

f *Art. conſ. 155 de don.*

g *Art. conſ. 18, de donat. mut.*

h *In L. Si donationis cauſâ, ff. de cont. empt. in l. multùm intereſt. C. Si quis alt vel ſi.*

i *Art. conſ. 215, tit. de donat.*

ſcripta ſunt, *a* & ideò huic legi non ità ſubjiciuntur, ut abrogata videatur bonæ fidei exuberantia, quæ pro naturâ contractûs & judicantis religione, in his omnibus conſiderari ſolet. *b*

6. Secundò, fallit hæc regula in omnibus ſimulatis contractibus, vel actibus, qui in fraudem legis, aut alterius perſonæ, doloſè ſimulantur, exempli gratiâ : jure civili conſtitutum erat donationem inter virum & uxorem fieri non poſſe, ne mutuo amore ſe ſpoliarent : *c* atqui in multis hujuſce regni regionibus, eadem prohibita eſt donatio, ut apud Engoliſmes, *d* liberis exſtantibus, & idem apud Turones, *e* Pariſienſes, *f* Meldenſes. *g* Sed ſæpè vitium fuit conjunctos aliud genus contractûs non prohibiti inter ſe prætexiſſe, in fraudem tamen legis donationem prohibentis : utpotè, mulier, quæ donare non poterat, vendebat marito, vel alteri per maritum ſuppoſito, ità tamen, ut ad maritum res vendita reverteretur, ex conventione clam inter eos poſitâ : ut de his omnibus & ſimilibus multa in jure exempla reperimus. *h* Item in nonnullis conſuetudinibus, utpotè Pictonum, *i* cautum eſt, patrem vel matrem uni ex

préjudice de la portion légitime qui eſt dûe aux autres enfans, afin de conſerver l'égalité entr'eux. On a pourtant vu des peres, qui, pour avantager celui de leurs enfans pour lequel ils avoient de la prédilection, faiſoient en leur faveur des donations, ou des contrats de vente ſimulés, à des perſonnes, & pour des cauſes ſuppoſées, à l'effet de leur donner quelque choſe au-delà de leur légitime, dont il y a auſſi quelques exemples en droit. Or toutes ces ſortes de conventions étant frauduleuſes, & approchant du crime, elles ne doivent pas être compriſes dans cette ordonnance : au contraire, j'eſtime que l'on doit permettre de prouver la fraude par témoins, & par quelqu'autre voie qu'elle ſe puiſſe découvrir, afin qu'il n'y ait pas lieu de dire que cette ordonnance, qui a été faite pour le bien public, a permis en cela le dol & la fraude au préjudice de l'intérêt du public, & de celui des particuliers ; enſorte que ſous prétexte de l'obſerver trop à la lettre, elle devienne dommageable ; ce qu'on ne doit pas même préſumer.

7. On peut encore ajoûter un autre exemple des contrats ſimulés au ſujet du retrait lignager, féodal ou conventionnel ; car tout le monde ſçait aſſez de combien de fraudes chacun ſe ſert pour prévenir le retrait lignager, qui eſt un droit autoriſé par l'Ecriture ſainte, & par le

---

ſuis liberis de patrimonio donare non poſſe, ultrà legitimam, ut æqualitas inter liberos ſervetur : *a* multi tamen parentes viſi ſunt, qui perſonis, vel cauſis ſuppoſitis, donabant, vel venditionem ſimulabant, aut alterius generis contractum, ut, in fraudem legis, ultrà legitimam donarent filio prædilecto : cujuſmodi nonnulla etiam in jure noſtro exempla ſunt. *b* Cùm ergo hæc omnia doloſa & fraudulenta videantur, & criminis ſpeciem habentia, huic legi ſubjici non debent, imò teſtibus, omnique alio probandi genere, hujuſmodi fraudes detegi debere exiſtimo, ne lex iſta, quæ ſubornationum crimina, intendit evertere, alia crimina, ſcilicet fraudes, dolos, & machinationes in leges, & in aliorum injuriam, ſummâ cum reipublicæ jacturâ, innocua permittere videatur, & ità ex ſummo jure, & ſtrictâ illius obſervatione, major injuria naſcatur, quod abſit. *c*

a *L. Inter filios, C. Fa. erciſt. l. Lege 12, tab. C. de Legat. hæred. l. Ut liberis, C. de Collat.*

b *In L. cùm quis. §. Titia de leg. 2, L. Qui teſtamentum, ff. de Probationibus.*

7. Aliud exemplum adduci poteſt in omnibus retractibus, ſeu jure ſanguininis, ſeu jure feudi, ſeu jure conventionis, à legibus municipalibus introductis; nemo eſt enim qui neſciat infinitas ſimulationes quotidie fieri in venditionibus, tàm ad excludendum jus gentilium, conſanguineis jure divino &

c *L. Si ſervum, ff. de verb. oblig.*

droit coutumier, & pour empêcher le retrait féodal ; & cela ſe fait par une infinité de moyens ; car quelquefois on ſe ſert du nom d'*échange*, quoique ce ſoit une véritable vente : quelquefois on ſuppoſe une donation, qui n'eſt pourtant qu'une vente, dont le prix eſt compté ſecrettement par le donataire ; quelquefois on donne une terre à cens, & le preneur la rachete à un prix beaucoup plus fort que ne vaut ce cens : d'autres fois on met dans le contrat de vente un prix exceſſif, pour empêcher que le lignager ne retire l'héritage ; ou on prétexte une tranſaction ſimulée ſur un procès ſuppoſé, pour déguiſer un contrat de vente, de laquelle derniere eſpece de ſimulation le droit Romain nous fournit pluſieurs exemples de fraude.

En un mot, toutes les fois qu'un lignager, pour conſerver ſon droit de retrait, ou un ſeigneur, pour conſerver ſon droit de retrait féodal, ou les lods & ventes à lui dûs, ou un héritier fruſtré de ſa légitime, alleguent la fraude qui leur a été faite par un contrat ſimulé, fait contre la diſpoſition de la coutume, & qu'ils demandent à faire preuve par témoins qu'il a été convenu devant, lors ou depuis le contrat autre choſe, plus ou moins que ce qui y eſt exprimé ; j'eſtime qu'on les doit admettre à en faire la preuve, nonobſtant cette ordonnance, parce que ces ſortes de conventions (ſimulées) renferment une eſpece de crime, puiſqu'elles ſont faites par dol & par

---

a *Lev. Cap.* 25, *Jerem.* 32, *& tit. conſ.* des Retraits lig.

municipali conceſſum, *a* tùm ad illudendam dominorum prehenſionem feudalem. Et hæ ſimulationes multis ac propè innumeris fraudibus confici ſolent : aliquando enim interpoſitâ permutatione, quæ tamen eſt venditio : aliquando interpoſitâ donatione, quæ pretio clam numerato vergit in venditionem : aliquando re in cenſum datâ, cum pecuniâ ſimul numeratâ, quæ cenſûs æſtimationem excedit : aliquando majore ſcripto pretio, quàm numerato, ad deterrendum conſanguineum : aliquando tranſactione ſimulatâ, quæ ſæpè ex fictâ lite ſimulatur, ut non appareat venditio, cujuſmodi poſtrema fictio ſæpenumerò in jure reperitur. *b*

b *Ut not. in L. Cùm hi, ff. de tranſact.*

In ſummâ, quotieſcumque conſanguineus, pro jure ſuo gentilitio ſervando, vel feudalis dominus, pro ſuâ prehenſione, vel laudimiis, ſeu aliis juribus feudalibus detegendis, vel hæres contendens, fraudem factam fuiſſe contrà legem vel conſuetudinem, in præjudicium legitimæ, allegant contractuum ſimulationem, & aliud dictum eſſe quàm ſcriptum, vel plus aut minùs conventum, quàm ſcriptum ſit, ante vel poſt contractum, vel in ipſo contractu, idque teſtibus probare ſe velle contendunt :

fraude,

fraude, & avec un deſſein prémédité de tromper les autres, dont ceux qui ſont coupables ne doivent jamais profiter, parce que toutes ces conventions ſont contre les Loix, & par conſéquent réprouvées.

8. 3° Toutes les fois qu'on articule contre un contrat ou acte par écrit, un fait qui détruit ce qui en fait l'eſſence, & ſans lequel il ne peut ſubſiſter ; par exemple, ſi on allégue la force, la crainte, l'erreur de droit ou de fait, par lequel on a été induit à ſigner un contrat pour un autre, & autres moyens par leſquels on peut extorquer d'une perſonne la ſignature d'un acte, ou ſi on articule quelque autre fauſſeté ; tous ces cas ne doivent point être compris dans cette ordonnance, par la raiſon ci-deſſus, c'eſt-à-dire, parce qu'ils approchent de la nature du crime ; car à l'égard du contrat ſigné par force ou par crainte, les loix Romaines y ſont préciſes : quant à l'erreur, il faut diſtinguer ; ſi c'eſt une erreur de fait, qui ſoit excuſable, & par lequel un homme aviſé ait pu être trompé, il n'y a point de doute que ce contrat ne puiſſe être détruit par la preuve par témoins de ce fait, particulierément s'il ſe trouve qu'il y ait eu du dol de la part de celui avec lequel il a contracté, parce que celui qui eſt dans l'erreur, n'eſt pas préſumé conſentir.

Dico, eos admitti debere, non obſtante hâc conſtitutionis hujus prohibitione : cùm hæc omnia criminis ſpeciem habeant, ſcilicet fraudes, dolos & machinationes, ad alium decipiendum compoſitas, quæ nemini patrocinari debent ; *a* & contrà leges hæc omnia pacta videantur, ideoque reprobata. *b*

8. Tertiò, quotieſcunque in contractum ſcriptum aliquid objicitur, quod genuinam contractûs naturam deſtruit, ut vis, metus, error juris vel facti, doloſa inductio ad ſubſcribendum uni inſtrumento pro alio, & aliæ calliditates, quibus contrà legem extorquetur inſtrumentum, item omnes falſitates : hæc omnia ſub lege iſtà comprehendi non poſſunt, eâdem ratione jam dictâ, quòd nimirùm criminis ſpeciem habeant. Nam quantum ad vim & metum, illud clarum eſt in jure : *c* quantum ad ignorantiam ſeu errorem, ſi error ſit facti tolerabilis, & qui ſapientem fallere potuit, non eſt dubium talem contractum impugnari poſſe, & ejus vitium teſtibus probari, maximè ſi non nihil doli deprehendatur in altero contrahentium ; nam qui errat non conſentit. *d*

a *Cap. Ad noſtram, ext. de Emp. & Vend.*

b *L. Pacta quæ contra, C. de pact. l. Non dubium, C. de Legib.*

c *L. 1, & toto tit. ff. & C. Quod met. cauſ.*

d *L. Si per errorem, ff. de juriſd. omn. jud. l. Error de jur. & fact. ign. l. 2, ff. de Judiciis.*

9. Quant à l'ignorance ou erreur de droit, cette exception n'eſt pas reçue indifféremment en faveur de toutes ſortes de perſonnes, mais ſeulement en faveur de celles auxquelles les loix ont coutume de la pardonner, comme ſont les mineurs, les perſonnes ruſtiques, les femmes, les ſoldats.

10. A l'égard de la ſuppoſition d'un acte qu'on a fait ſouſcrire à une perſonne pour un autre acte, comme j'ai vu alléguer dans un procès par un particulier qui étoit défendeur, & qui diſoit que, faute d'avoir lu l'acte qu'on lui avoit préſenté, il en avoit ſigné un autre que celui qu'il penſoit. J'ai vu encore une autre eſpece d'un certain particulier, qui voulant tranſiger avec ſa partie, & la tranſaction ayant été dreſſée entr'eux, cette partie apporta deux doubles de cette tranſaction; l'un conforme aux conventions dont ils étoient demeurés d'accord, & l'autre qui en contenoit de toutes contraires, & à ſon avantage, lequel double il tenoit caché ſous ſon manteau; & ayant fait lecture de celui qui étoit conforme aux clauſes dont on étoit convenu, il tira ſubtilement l'autre de ſa poche, & le ſigna le premier, & enſuite le préſenta à ſa partie pour le ſigner, laquelle, ſans le relire, le ſigna de bonne foi; & les Notaires le ſignerent auſſi, trompés par ce même artifice. Qui peut douter que, contre un tel contrat, on ne puiſſe alléguer la nullité, l'erreur & la ſuppoſition?

---

9. Quantum ad juris ignorantiam vel errorem, non omnibus illa conceditur exceptio, ſed illis duntaxat, quibus condonari ſolet juris ignorantia, ut minori, ruſtico, fœminæ, militi.

a *L. Regula, penult. ff. de Jur & fact. ignorant.*

10. *a* Quantum ad doloſam inductionem, quæ fit aliquando in ſubſcribendis inſtrumentis, vel chirographis: ut vidi in quâdam lite allegari, per quendam reum, ſcilicet, quòd non legens inſtrumentum, alii pro alio ſubſcripſerat. Itemque aliud vidi exemplum, de quodam qui, cùm tranſigere vellet cum parte ſuâ, & pactione hinc inde factâ, & compoſitâ, cautus illle tranſactor duas ſcribi feciſſet tranſactiones, unam ex veris pactionibus inter eos conventis, alteram verò longè diſſimilem, in multis articulis cauto illi tranſigenti longè favorabiliorem, quàm in ſinu retectam habebat, verâ tranſactione perlectâ, doloſus ille tranſactor fingens veræ tranſactioni ſe ſubſcribere velle, ſubtiliter falſam è ſinu proferens illi ſubſcripſit, deinde parti ſuæ dedit, ut ſubſcriberet: qui non legens, putanſque idem eſſe inſtrumentum, eidem bonâ fide ſubſcripſit,

& qu'on ne puiſſe le prouver par témoins, & montrer que les choſes ſe ſont paſſées autrement, quoique cela ſoit très-difficile ? Ainſi dans tous les cas ci-deſſus, & autres ſemblables, où il ſe rencontre du dol & de la fraude, il eſt évident que cette ordonnance n'a point lieu par les raiſons ci-deſſus alléguées.

---

atque idem fecerunt eodem errore tabelliones : quis dubitat in hujuſmodi contractum, nullitatem & errorem, falſamque ſuppoſitionem allegari poſſe, *a* & teſtibus hæc omnia probari, oſtendique alio modo pactum fuiſſe, quamvis ſit difficillimum? Supradicta ergo & omnia ſimilia, doli & fraudis ſpeciem referentia, huic legi ſubjici non debere clarum eſt, rationibus præallegatis.

a L. fin. C. plus val. quod agitur, quàm quod ſimul.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE VII.

SOMMAIRE.

1. *Deſſein de Boiceau dans ce chapitre.*
2. *Il n'y a de difficulté que pour les contrats ſimulés, & pour les contrats faits par crainte ou par force.*
3. *Gallus Aquilius compoſa le premier des formules*, de Dolo malo.
4. *En quelles occaſions l'action de dol avoit lieu avant ces formules. Témoignage de Cicéron ſur ce ſujet.*
5. *Définition du dol mauvais par Aquilius.*
6. *Sentiment de Cicéron qui approuve cette définition.*
7. *Sentiment contraire de Servius Sulpitius.*
8. *Autre définition du dol mauvais par Servius Sulpitius.*
9. *Cette définition de Servius rejettée par le juriſconſulte Labeo.*
10. *Définition du dol mauvais par Labeo, approuvée par Ulpien.*
11. *Blâmée par Hottoman & par Bachovius.*
12. *Soutenue par les autres juriſconſultes, & expliquée par Me Charles du Moulin.*
13. *Hottoman & Bachovius réfutés par Ulricus Huberus.*
14. *Explication qu'il donne de ces trois mots*, calliditas, fallacia, machinatio.

15. *Définition du dol par Huberus.*

16. *Pourquoi la Loi appelle ceux qui uſent de ſimulation,* Varios.

17. *Ce qu'elle appelle un contrat ſimulé.*

18. *Ventes imaginaires en uſage à Rome, & obligatoires juſqu'au tems du juriſconſulte Modeſtinus, du tems de l'empereur Gordian.*

19. *La vérité doit toujours l'emporter ſur la ſimulation, en quelque état de la conteſtation qu'elle vienne à paroître.*

20. *Si le contrat étoit nul en droit Romain, quand le dol y avoit donné lieu. Diſtinction ſur ce ſujet.*

21. *Du dol appellé* bon, *& ce que c'eſt.*

22. *Exemple ſingulier de ce dol, en la loi,* Et qui natura, ff. de Neg. geſt. *Raiſon de cette loi.*

23. *Autre exemple du dol permis dans les contrats de vente. Loix qui l'autoriſent en ce cas.*

24. *Juſtification de ces loix par Me Charles du Moulin, & de quelle maniere il les faut entendre.*

25. *Gaſpard Roderic, juriſconſulte Eſpagnol, a copié les termes de Me Charles du Moulin.*

26. *Limitations différentes de cette maxime, qu'il eſt permis de ſe tromper dans les contrats de vente.*

Troiſieme eſpece de dol appellé dolus reipſâ.

27. *Pourquoi la preuve par témoins, à l'égard du dol bon & licite, n'eſt admiſſible.*

28. *Diſtinction de ces trois termes,* faux, ſimulés & frauduleux, *par Me Charles du Moulin.*

29. *Fauſſeté eſt un crime, & la preuve par témoins y eſt reçue.*

30. *Trois manieres de commettre la fraude,* de re ad rem, de perſonâ ad perſonam, de contractu ad contractum.

31. *Ce qui doit déterminer le juge dans les queſtions de fait.*

32. *Diviſion des preuves par Maſcardus, en pleines & ſemi-pleines, & leur ſubdiviſion.*

33. *Ce que c'eſt que* notorium facti, notorium juris, notorium præſumptionis. *Et quand la preuve y eſt néceſſaire ou non.*

34. *Preuve ſemi-pleine eſt celle qui peut faire difficulté.*

35. *Définition de la préſomption* juris & de jure, *par Alciat. Exemple au ſujet du dol.*

36. *Définition de la préſomption de droit par Menochius.*

37. *Autre définition par Wesembece.*
38. *Autre par Alciat, qui est la meilleure.*
39. *Division de la présomption de droit, & ce que les jurisconsultes appellent* indice, conjecture, signe, suspicion, adminicule.
40. *Définition de l'indice.*
41. *Définition de la conjecture.*
42. *Définition du signe.*
43. *Définition de la suspicion.*
44. *Définition de l'adminicule.*
45. *En matiere civile, on confond tous ces termes,* secùs *en matiere criminelle.*
46. *Quelles sont les présomptions les plus fortes, & qui méritent plus de créance?*
47. *Présomptions certaines fondées sur la nature, sur l'autorité de la loi, sur l'honnêteté publique.*
48. *Présomptions incertaines & arbitraires, & comment le juge se doit déterminer en ce cas.*
49. *Présomptions appellées* legeres.
50. *Regles pour accorder ou refuser la preuve par témoins. Premiere régle.*
51. *Seconde régle.*
52. *Troisieme régle.*
53. *Quatrieme régle.*
54. *Cinquieme régle.*
55. *Sixieme régle générale en matiere de contrats simulés; & le sentiment de M. d'Argentré sur ce sujet.*
56. *Observations sur les présomptions reçues suivant nos mœurs.*
57. *Toutes ces présomptions réduites à six principales.*
58. *Quel nombre de présomptions il faut pour se déterminer quand il s'agit de jurer si un contrat est simulé.*
59. *Autre chose est quand il s'agit simplement d'accorder ou de refuser la preuve par témoins.*
60. *Réflexions à faire en cette rencontre.*
61. *Nouvelle réflexion sur la qualité que doit avoir une présomption pour y ajoûter foi.*
62. *La présomption tient lieu de témoins, & doit avoir les mêmes qualités que la déposition des témoins pour y ajoûter foi.*

63. *Régle générale pour accorder ou refuſer la preuve par témoins.*

64. *La préſomption de la loi eſt que l'acte n'eſt point ſimulé, mais ſérieux & véritable.*

65. *Méme lorſqu'il y a lieu de ſoupçonner que cet acte eſt ſimulé.*

66. *Derniere régle à l'égard de ceux qui ſont parties dans le contrat.*

67. *Arrêts touchant les avantages indirects ſur cette matiere, ne ſont d'ordinaire aucun préjugé dans d'autres queſtions ſur le méme ſujet.*

68. *Des contrats faits par crainte ou par force ; pluſieurs régles ſur ce ſujet.*

69. *Premiere régle, qui marque la différence du droit Romain & du droit François, en ce qui regarde la reſciſion des contrats paſſés par crainte ou par force.*

70. *Seconde régle.*

71. *Troiſieme régle.*

72. *Quatrieme régle.*

73. *Cinquieme régle.*

74. *Sixieme régle.*

75. *Septieme régle.*

76. *Si les menaces faites à nos amis, ou le péril auquel ils ſont expoſés, nous ayant engagé à nous obliger pour eux, l'obligation peut être préſumée faite par force, & non pas librement.*

77. *Conſéquence à tirer de ce que deſſus.*

78. *Si, quand la preuve a été faite, que l'acte a été paſſé par force, l'autre partie eſt recevable à prouver qu'il a été fait librement & volontairement.*

79. *Si, lorſque le Notaire a exprimé dans l'acte, qu'il a été fait librement & ſans contrainte, la preuve de la crainte & de la violence ne laiſſe pas d'être recevable.*

80. *Des actes paſſés par ignorance de fait ou de droit.*

81. *La déciſion de Boiceau ne ſuffit pas pour éclaircir tous les doutes ſur cette matiere.*

82. *Premiere diſtinction à l'égard de l'ignorance de fait propre, & de fait étranger.*

83. *Seconde diſtinction à faire, méme dans le cas du fait étranger.*

84. *Troiſieme diſtinction, quand l'erreur de fait n'eſt pas la cauſe unique qui a donné lieu à la convention.*
85. *Quatrieme diſtinction, ſi le fait qu'on a ignoré n'eſt pas de conſéquence.*
86. *De l'ignorance de droit.*
87. *Diſtinction pour ſçavoir en cette occaſion, qui doit faire la preuve, du demandeur ou défendeur ?*
88. *Autre queſtion : Si la preuve par témoins eſt recevable, quand il s'agit d'éclaircir le ſens d'un acte ambigu ?*
89. *Maxime générale ſur ce ſujet, & dans quels cas elle a lieu.*
90. *Exception de cette maxime dans les contrats.*
91. *Régle, quand il s'agit d'une demande judiciaire ambiguë.*
92. *La preuve par témoins, admiſſible quelquefois, quand il s'agit d'élaircir le ſens de la cauſe ambiguë du contrat. Arrêt ſur ce ſujet.*
93. *Raiſons pour leſquelles cette preuve doit être rarement admiſe.*
94. *A Naples, il n'eſt pas permis d'articuler que le contrat de mariage eſt ſimulé.*
95. *En Flandres, la preuve par temoins eſt admiſe contre un contrat ſimulé, nonobſtant l'édit perpétuel, ſuivant l'opinion d'Antonius Anſelmo.*
96. *Sentimens de Romelius, & autres.*
97. *Le même a lieu à Milan.*
98. *Explication des contrats ſimulés, par Alvarus Valaſcus, ſuivant la diſtinction de Bartole.*
99. *La preuve par témoins contre les contrats ſimulés, reçue en Portugal.*
100. *Il faut prouver le motif & la cauſe du contrat ſimulé.*
101. *Peine impoſée en Portugal à ceux qui paſſent des contrats ſimulés.*
102. *La preuve par témoins, admiſe en pays étranger, nonobſtant qu'elle y ſoit défendue au-deſſus de cent livres, quand la convention verbale a été confirmée par le ſerment des parties.*
103. *Ou quand elles ont promis de paſſer un acte par écrit.*
104. *Pourquoi on y excepte les eccléſiaſtiques d'une ſembla-*

ble prohibition. Raiſons rapportées par Auguſtinus Beroïus.

1. BOICEAU, dans ce chapitre, définit d'abord ce que c'eſt qu'un contrat ſimulé. Il le diviſe enſuite en trois eſpeces ; celui qui eſt permis, celui qui eſt défendu, & celui que la loi regarde comme s'il n'avoit point été fait. Il ajoûte que l'ordonnance eſt générale, & qu'ainſi elle exclut toute preuve par témoins de ce qui n'a point été rédigé par écrit ; ce qu'il prouve par l'exemple d'un vendeur, qui prétendroit que le prix de ce qu'il a vendu, eſt plus fort que celui exprimé dans le contrat de vente ; il dit que cette maxime doit avoir lieu en général, pour tous les contrats, ſoit de bonne foi, ſoit de droit étroit. Que cela ſe doit entendre auſſi du pact dont on eſt convenu à l'inſtant du contrat, & qui en fait partie, comme il eſt marqué en droit, & duquel la preuve n'eſt pas reçue parmi nous. Enfin il fait trois exceptions de cette prohibition générale de l'ordonnance ; la premiere, quand ce pacte eſt de l'eſſence du contrat, tel qu'eſt celui de la garantie omiſe dans un contrat de vente, ou de la clauſe d'entretenir les bâtimens par l'uſufruitier, omiſe dans la conſtitution d'uſufruit ; la ſeconde, touchant les contrats ſimulés, dont il rapporte pluſieurs eſpeces tirées du droit ; la troiſieme, quand on oppoſe contre le contrat un fait qui le détruit dans ce qu'il a d'eſſentiel, comme ſi on articule qu'il a été ſigné par crainte ou par force, par dol, ou par erreur de fait ou de droit, dans leſquels trois cas, la preuve par témoins, dit-il, eſt recevable.

2. Pour ſuivre le même ordre, il faudroit examiner ces trois exceptions l'une après l'autre ; mais comme la premiere ne reçoit aucune difficulté, & que les pactes, qui ſont de l'eſſence d'un contrat, y ſont naturellement ſous-entendus, quoiqu'ils ny ſoient pas exprimés [*], il ne s'agit plus que d'examiner ici les deux autres exceptions touchant les contrats ſimulés & ceux faits par force ou par contrainte.

A l'égard des contrats ſimulés, il importe à tout le

[*] *In contractibus tacitè veniunt ea quæ ſunt moris & conſuetudinis.*

monde,

monde, & ſur-tout aux juges, de connoître préciſément, & autant qu'il eſt poſſible, quand ils doivent admettre la preuve par témoins contre un contrat ſuſpect de fraude; parce que cette preuve eſt dangereuſe dans la pratique, & ſert ſouvent à embrouiller l'affaire plutôt qu'à l'éclaircir & à connoître la vérité.

3. Or pour bien entendre ce que c'eſt qu'un contrat ſimulé, il faut d'abord connoître ce que la loi appelle *dol*; & elle en diſtingue de deux ſortes, *le dol mauvais* & celui qu'elle appelle *bon*. Il faut parler d'abord du premier, qui eſt proprement ce que nous appellons *dol*; car il eſt inutile d'approfondir ici la différence que font les docteurs entre *dol* & *fraude*, cette diſtinction ne pourroit être d'aucun uſage parmi nous, qui confondons la ſignification de ces deux mots.

4. La premiere définition, qui a été faite du dol mauvais, eſt celle de Gallus Aquilius, qui fut le premier qui compoſa des formules *de Dolo malo*, du tems de Cicéron, en faveur de ceux qui, ayant été trompés par la fraude d'un autre, n'avoient avant cela aucune action, par la Loi des douze Tables, pour s'en plaindre; car, dit Cicéron, *l.* 3, *de Officiis*, l'action de dol n'avoit lieu que dans le cas de la tutelle, ſuivant la Loi des douze Tables, en faveur des pupilles, par la loi *Lætoria*; & le préteur l'accordoit encore dans les contrats de bonne foi, quoiqu'il n'y eût aucune loi qui la permît préciſément, ſurquoi il rapporte l'exemple de Canius auquel Pythius de Syracuſe avoit fait acheter par ſurpriſe ſa maiſon de campagne, beaucoup au-delà de ce qu'elle valoit; & il ajoûte que Canius n'avoit aucun moyen de s'en plaindre, parce qu'Aquilius n'avoit pas encore, en ce tems-là, propoſé les Formules qu'il donna dans la ſuite.

Atque iſte dolus malus etiàm à legibus erat vindicatus ut tutela, 12 Tabulis, & circumſcriptio adoleſcentium lege Lætoriâ, & ſine lege judiciis in quibus ex fide bonâ agitur.

5. Voici comment Aquilius définit le dol: *Dolus malus eſt cùm aliud agitur, aliud ſimulatur.* Le dol mauvais eſt quand une perſonne fait ſemblant de faire une choſe, & néanmoins en fait une autre.

6. Cicéron approuve cette définition du dol par Aquilius, d'où il conclut indiſtinctement que tous ceux qui uſent de ſimulation, ſont des perfides, & que, ſuivant cette définition, un homme de bien, qui vend ſon héritage, ne doit

rien affecter ni rien déguiſer à l'acheteur. *Hoc quidem ſane luculenter, ut ab homine perito definiendi; ergo & Pythius & omnes aliud agentes, aliud ſimulantes, perfidi, improbi, malitioſi ſunt*, Cic. *ibid.*

7. Néanmoins cette définition du dol par Aquilius, ne parut pas juſte dès ce tems-là à tout le monde : Ulpien en la loi 1, *ff. de Dolo*, ne l'a point rapportée ; & Servius Sulpitius, juriſconſulte & collégue d'Aquilius, voyant qu'il pouvoit arriver qu'une perſonne fût trompée ſans qu'il y eût eu aucune ſimulation, & ſans que l'on feigne de faire une choſe au lieu d'une autre ; pour ne point choquer Aquilius ni Cicéron, qui ſoutenoient cette définition, il ſe ſervit des mêmes mots, (quoiqu'inutiles) pour faire une autre définition, & y ajoûta :

8. Que le dol étoit une *machination* (pour uſer du terme Latin) *& un deſſein prémédité de fraude pour tromper un autre, en affectant de faire une choſe, & en en faiſant une autre. Machinatio quædam alterius decipiendi cauſâ, cùm aliud ſimulatur, & aliud agitur.*

9. Le juriſconſulte Labeo, qui, ſuivant le témoignage d'Aulu-Gelle, étoit très-ſçavant dans la connoiſſance de la véritable ſignification des mots, rejetta cette définition de Servius, & en fit une toute différente, qu'Ulpien rapporte dans la même loi.

Labeo antiſtius in grammaticam atque dialecticam litteraſque antiquiores altioreſque penetraverat, latinarumque vocum origines rationeſque percalluerat, eâque præcipuè ſcientiâ ad enodandos pleroſque juris laqueos utebatur, Noct. Attic. l. 13, c. 10.

10. *Dolus malus eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Par ces mots : *Dol mauvais, on entend toute ſorte de fineſſe, de tromperie, ou de fraude concertée pour ſurprendre & pour tromper un autre.* Ulpien loue cette définition de Labeo, & dit que c'eſt la véritable définitiondu dol.

11. Cependant cette définition n'a pas laiſſé d'être encore blâmée par pluſieurs juriſconſultes modernes ; Hottoman, liv. 1, Obſerv. chap. 19 : *Verboſam & otioſè exageratam dicit ;* Bachovius, *ff. de Dolo*, & en ſes Notes ſur Weſembece, s'étonne que Labeo, ſi habile dans la ſcience des mots, ſe ſoit ſervi de trois termes ſynonymes pour la définition d'une même choſe, & blâme Ulpien de l'avoir approuvée, & d'avoir rejetté celle de Servius.

12. Quoi qu'il en ſoit, cette définition a été reçue des autres juriſconſultes, qui ont prétendu que ces trois ter-

mes, *calliditas*, *fallacia*, *machinatio*, n'étoient point synonymes. En effet Me Charles du Moulin, Code, tit. *de Dolo* les explique, & dit que *calliditas* eſt cette eſpece de dol qui ſe commet par ceux qui taiſent malicieuſement les mauvaiſes qualités & les défauts de ce qu'ils vendent, ou qui diſſimulent les charges auxquelles elles ſont ſujettes.

Dum dicit dolum eſſe calliditatem, intelligit eum dolum, qui fit tacendo : undè ſi vendam tibi prædium, & reticeam illud debere aliquam ſervitutem vicino, tunc tenebo actione de dolo.

Fallacia, dit-il, eſt le dol qui ſe commet, en induiſant une perſonne, par des paroles, & par des raiſons artificieuſes, d'acheter une choſe qu'il n'auroit pas achetée ſans cela.

Machinatio, eſt une fraude concertée, ſoit en prenant des précautions artificieuſes, ou en ſe ſervant de mots équivoques, ou de clauſes ambiguës & à double ſens, ſi l'on peut expliquer ainſi les termes de du Moulin : *Machinatio autem tendit ad inſidias & fucum verborum.*

Dum autem dicit fallacia, eum dolum ſignificat qui verbis fit vel ratione, ut dum aliquem induco verbis aliàs non empturum.

13. Ulricus Huberus eſt celui qui a le mieux défendu la définition de Labeo, dans ſon livre intitulé *Digreſſiones Juſtinianæ*, liv. 3, chapitre 25, dans lequel, après avoir réfuté les objections d'Hottoman & de Bachovius contre cette définition, il dit que Labeo, par ces trois mots, *calliditas*, *fallacia*, *machinatio*, a voulu marquer trois différens degrés de dol.

14. Le premier, dit-il, appellé *calliditas*, eſt cette dextérité que les Latins appellent *ſolertiam*, par laquelle un homme adroit, & qui a de l'expérience dans les affaires, engage un perſonne ſimple à faire ce qu'il veut, & le mene, comme on dit, par le nez, non pas ouvertement, mais par des manieres cachées, & avec une apparence de ſincériré, dont il ne ſe défie pas ; ce qui eſt fort bien exprimé, dit-il, par le mot *circumvenire*, que le juriſconſulte Labeo rapporte en cet endroit, à ce mot CALLIDITAS. *Callidus autem, authore Jullio*, dit-il, *dicitur cujus animus uſu (quemadmodum manus labore ſolent) concaluit.*

Dexteritas veteratoria ſimplices circumveniendi, & quaſi nazo uti vulgò loquimur, ſuſpendendi.

Le ſecond degré, dit-il, appellé *fallacia*, eſt la fraude qui ſe commet manifeſtement par des paroles affectées ou équivoques, & par des menſonges ; auſſi le mot *fallere*, dit Varron, vient *à fando.*

Fallacia eſt fraus directa verbis ac mendacio facta.

Le troiſieme degré, *machinatio*, eſt la ſurpriſe qui ſe fait par des voies indirectes, & par de mauvais moyens qui paſſent juſqu'à ce que nous appellons *fourberie* ; &

Les Latins ſe ſervent des mots *technas*, *amouges*, *inſidias.*

c'eſt ce que le juriſconſulte a exprimé par ce mot *decipere*, qui vient de la particule *de*, qui veut dire *valdè*, & du verbe *capio*; comme s'il avoit voulu dire que *Deceptus, eſt qui validè captus eſt.* En un mot, dit Huberus, on peut colliger de la définition de Labeo, qu'il n'a entendu parler que du dol, qui peut donner lieu à la reſtitution.

15. Aureſte, le dol ſe peut définir en général, ajoûte-t-il, tout deſſein frauduleux de nuire à un autre, ſoit que cela ſe faſſe avec déguiſement & avec diſſimulation, ſoit que cela ſe faſſe ouvertement. Ainſi la loi dit que ce qui a été commis à force ouverte, a été commis par dol, *l.* 2. *ff. Vi bonorum raptorum*, quoique le dol ne ſoit pas toujours accompagné de la force ouverte. *Doli mali mentio hîc, & vim in ſe habet; nam qui vim facit dolo malo facit, non tamen qui dolo malo facit, utique & vim facit*, &c. *l.* 2, *ff. Vi bonor.*

16. A l'égard de ceux qui uſent de dol & de ſimulation, Ulpien, *ibidem*, les appelle *varios & doloſos;* ce qui explique admirablement la duplicité de leur intention, toujours accompagnée du deſſein de nuire.

17. Et parce que l'eſſence d'un contrat ne conſiſte que dans le conſentement réciproque des contractans, la loi a appellé un contrat ſimulé, un *contrat imaginaire*, c'eſt-à-dire nul, à cauſe que le conſentement de l'un des contractans ou de tous les deux, n'eſt pas ſérieux & véritable.

18. M. Cujas ſur cette loi, obſerve qu'avant l'empereur Gordian, (ſous lequel vivoit le juriſconſulte Modeſtinus, dont eſt tirée la loi *Contractus*) les ventes imaginaires & feintes étoient encore en uſage à Rome, & étoient obligatoires: *Eave ſolemnitas*, dit-il, *per æs & libram peragebatur emptionibus factis ſeſtertio, nummo uno, vel aſſe Cajano, quæ mancipationes dicebantur;* ce qui ceſſa d'être obſervé depuis ce tems-là.

19. Ce qu'il faut ſur-tout obſerver en cas de fraude, eſt que quand la vérité vient à ſe découvrir, elle l'emporte toujours ſur la ſimulation, quoique le contrat accuſé de ſimulation, paroiſſe légitime & fait dans les formes; & même en quelque état que ſoit l'affaire, c'eſt-à-dire avant la ſentence, la vérité doit toujours prévaloir, ſuivant le ſentiment des docteurs: *Ego tamen unicam adjicio excep-*

tionem, si veritas contrà præsumptiones appareat, nam puto contra omnes præsumptiones, & in quâcumque parte litis objici posse rei veritatem & illam manere præcipuam, ait Greg. Tholos. in Synt. l. 48, ch. 12, n. 10. Il ne s'agit donc en ces occasions, que de connoître quelle a été la véritable intention des parties : ainsi il ne faut pas s'arrêter à ce qui est écrit, car l'écriture est un signe équivoque de la volonté, & c'est cette volonté qui doit décider, & non pas ce qui est écrit, ainsi que les loix l'ont marqué en plusieurs endroits.

Plus valet quod agitur quàm quod simulatè concipitur. Cod. l. 4.

Res gesta potior quàm scriptura habetur.

20. Il y a eu même une question en droit : Sçavoir si, quand le dol avoit été le motif qui avoit donné lieu au contrat, ce contrat étoit nul de plein droit, ou seulement sujet à rescision. Quoique cette difficulté ne soit point de ce Traité, il est certain, ainsi que Péréius, *Cod. de Dolo*; M. Colombet, *Paratitl. ff. eod. tit.* Me Charles du Moulin, *cont. usu. quæst.* 44, *chap.* 28, décident avec M. Cujas, que si c'étoit un contrat de bonne foi, il étoit nul de plein droit.

Emptione pignoris causâ factâ, non quod scriptum sed quod gestum est inspicitur.

21. Quant au dol bon & licite, la loi le nomme *solertiam*; c'est ce que nous appellons *prudence*, laquelle consiste à se procurer tout l'avantage que l'on peut, en usant de son droit; de telle sorte que si, en se procurant cet avantage, il arrive néanmoins que l'on fasse préjudice à quelqu'un, ce n'est que par accident, & sans que l'on ait eu cette intention : *Nullus autem videtur dolum facere qui jure suo utitur.*

Contractus imaginarii in emptionibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate.

22. La loi *Et qui naturâ, ff. Negot. gest.* fournit un exemple singulier du dol permis, dans l'espece qui suit : Titius, pendant qu'il géroit les affaires de Mævius absent, avoit acheté pour lui un fonds qui lui appartenoit déja, (& qu'il ne sçavoit pas que le vendeur avoit usurpé sur lui;) il s'en étoit mis ensuite en possession. La loi lui conseille, pour se mettre à couvert de l'action *Negot. gest.* que Mævius auroit eu lieu d'intenter contre lui, (comme ayant mal géré ses affaires,) de supposer une tierce personne, laquelle, sous le nom de Mævius, revendiquât sur lui ce fonds, & laquelle donnât lieu par cette revendication à l'action de garantie de Titius contre le vendeur; & elle

décide que ce n'eſt point là une fraude : *Nec videris dolum malum facere in hâc ſubjectione, ideò enim hoc facere debes, ne actione negotiorum geſtorum tenearis ;* où il eſt à remarquer que cet expédient que donne la loi, étoit abſolument néceſſaire à Titius, afin de lui donner un moyen prompt & facile de retirer des mains du vendeur les deniers de Mævius, pour les employer à ſes autres affaires durant ſon abſence, leſquelles auroient pu dépérir, s'il eut fallu attendre que Mævius eût lui-même revendiqué ce fond, & retiré l'argent du vendeur.

23. Il y a encore une autre maxime touchant le dol permis dans les contrats de vente, qu'il ne faut pas ignorer ; car la loi dit qu'il eſt permis de ſe tromper réciproquement en ce cas. La loi 16, *ff. de Min.* y eſt préciſe. La loi 22, *ff. Locati*, ajoûte que cela eſt permis de droit naturel : *Quemadmodum in emendo & vendendo naturaliter conceſſum eſt quod pluris ſit minoris emere, quod minoris ſit pluris vendere, & invicem ſe circumſcribere ;* & la loi, *Si voluntate, C. de reſcind. Vend.* répond au vendeur, qui ſe plaignoit d'avoir été trompé, qu'il ne connoiſſoit pas quelle étoit la nature du contrat de vente, laquelle maxime mérite d'être éclaircie, parce que pluſieurs ont prétendu qu'elle étoit injuſte, *Jus autem civile calumniari non debet.*

Quòd ſi videlicèt contractûs emptionis atque venditionis cognitaſſes ſubſtantiam ?

24. Il ſuffira pour cela de rapporter en peu de mots l'explication qu'en donne Me Charles du Moulin dans ſon Traité *des Contrats uſuraires, qu.* 14, *n.* 171.

Ce n'eſt pas, dit-il, pour autoriſer la fraude, que la loi a permis de ſe tromper en cas de vente ; & on ne peut pas dire que la loi naturelle ne ſoit toujours juſte & équitable ; mais c'eſt parce que cette eſpece de dol eſt la ſuite néceſſaire du contrat de vente : en effet, ſi l'un achete trop cher, ou que l'autre vende à trop bon marché, cela arrive, ou par une facilité & condeſcendance mutuelle entre le vendeur & l'acheteur, qui ſe laiſſent aller naturellement à relâcher de leurs droits, ou parce qu'ils trouvent que c'eſt une choſe au-deſſous d'eux de trop marchander, ou parce qu'ils n'en ont pas le loiſir, ou parce que, quoiqu'ils n'ignorent pas le véritable prix de la choſe, ils conſentent volontairement de l'acheter

plus cher, ou de la vendre moins ; (quoiqu'il en ſoit, dit du Moulin,) l'égalité entre le prix, & la valeur de la choſe vendue, qui eſt ce qui rend juſte le contrat de vente, ne conſiſte pas dans un point indiviſible ; ce n'eſt pas une égalité mathématique, mais une égalité morale, laquelle a une certaine étendue qui eſt indéfinie, en ce qu'elle dépend de l'opinion qu'a celui qui achete, & celui qui vend, du prix & de la valeur de la choſe.

25. Gaſpard Roderic, juriſconſulte Eſpagnol, dans ſon Traité *de menſtruis & annuis Reditibus*, l. 1, queſt. 11, a trouvé cette explication ſi conforme à l'eſprit de la loi, qu'il a copié les termes de Me Charles du Moulin mot à mot ; mais il n'a pas jugé à propos de le citer.

Quia æqualitas contractûs non eſt mathematica ſed moralis, unde nec conſiſtit in puncto indiviſibili ſed in mediocritate quæ latitudinem admittit gradualem.

Le même du Moulin, *ibid*, donne néanmoins des bornes à cette maxime dangereuſe, quand elle eſt mal entendue, & conclut (*n.* 174) que, même dans le dol permis, appellé *reipſa*, cette déception ne peut aller qu'au tiers du prix ; ce qui n'eſt obſervé ici qu'en paſſant [*].

26. Ce qui vient d'être rapporté de du Moulin, fait voir qu'il y a encore une troiſieme eſpece de dol, nommé *dolus reipſa*. Ce dol eſt ainſi appellé par les docteurs, parce qu'il ne vient point de la part des contractans, mais qu'il eſt, en quelque façon, dans la choſe même. La loi 36, *ff. de verb. Obl.* en fait mention ; & elle dit que la reſtitution a lieu en ce cas : *Etſi nullus dolus interceſſerit ſtipulantis*,

[*] Dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à la bonne foi tout ce qui s'écarte tant ſoit peu de la ſincérité la plus exacte & la plus ſcrupuleuſe : la ſeule diſſimulation ſur ce qui concerne la choſe qui fait l'objet du marché, que la partie avec laquelle je contracte auroit intérêt de ſçavoir, eſt contraire à la bonne foi ; car nous étant commandé d'aimer notre prochain autant que nous-mêmes, il ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, ſi nous euſſions été à ſa place.

Mais dans le for extérieur, une partie ne ſeroit pas écoutée à ſe plaindre de ces légeres atteintes, que celui avec qui elle a contracté auroit donné à la bonne foi : autrement il y auroit un trop grand nombre de conventions qui ſeroient dans le cas de la reſciſion ; ce qui donneroit lieu à trop de procès, & cauſeroit un dérangement dans le commerce : il n'y a que ce qui bleſſe ouvertement la bonne foi, qui ſoit, dans ce for, regardé comme un vrai dol ſuffiſant pour donner lieu à la reſciſion du contrat, telles que toutes les mauvaiſes manœuvres & tous les mauvais artifices qu'une partie auroit employés pour engager l'autre à contracter ; & ces mauvaiſes manœuvres doivent être pleinement juſtifiées : *Dolum niſi perſpicuis indiciis probari convenit.* M. Potier, Tr. des Obl. part. 1, ch. 1, art. 3, § 3. Voyez auſſi ſon Tr. du Contr. de vente, part. 2, ch. 2 ; part. 3, ſect. 2.

ſed ipſa res in ſe dolum habet, cùm enim quis petat ex ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit quod petit.

27. Or, à l'égard du dol appellé *bon & licite*, il eſt conſtant que la preuve par témoins ne peut être admiſe, parce qu'elle ſeroit inutile, puiſque ce dol eſt permis, & qu'il ne donne point lieu à la reſtitution contre le contrat, quand même il ſeroit prouvé. Et pour ce qui eſt du dol appellé *dolus reipſa*, quand on ſoutient que la choſe vendue a quelque vice caché, ou quelque défectuoſité qui peut donner lieu à la reſciſion de la vente, on n'ordonne pas une preuve par témoins, mais une viſite d'experts, pour ſçavoir ſi cette défectuoſité eſt telle qu'elle puiſſe donner lieu à la reſciſion du contrat.

Ainſi il n'y a que le dol mauvais & la ſimulation, qui peuvent faire difficulté au ſujet de la preuve par témoins.

28. Mais avant d'en parler, il faut diſtinguer avec Mᵉ Charles du Moulin ſur la coutume du Nivernois, chapitre 31, article 3, ces trois mots, *faux*, *ſimulé & frauduleux*. Car, dit-il, quand un lignager ſoutient que le prix du contrat de vente de l'héritage qu'il veut retirer, n'eſt pas le véritable prix, il n'eſt pas tenu de s'inſcrire en faux, pour prouver que le prix, qui y eſt énoncé, eſt faux; il n'a qu'à demander à faire preuve que le contrat eſt ſimulé & frauduleux : *Nec tenebitur inſtrumentum etiam publicum venditionis arguere de falſo, quia aliud merum falſum, aliud fraus, aliud ſimulatio.* Or ce que nous appellons un acte faux, eſt lorſque, contre la vérité, à l'inſçu, & ſans le conſentement réciproque des contractans, on y a ajoûté ou rayé quelque choſe après coup, ou quand on a contrefait la ſignature des parties, ou lorſqu'on a fait ſigner à une perſonne un contrat pour un autre, dont Boiceau rapporte deux eſpeces dans ce chapitre; & il eſt conſtant que la fauſſeté étant un crime, la preuve par témoins y eſt reçue.

29. Mais, comme il eſt rare de trouver des témoins qui aient vu commetre la fauſſeté, qui ſe fait d'ordinaire en cachette, on nomme des experts, qui font en quelque ſorte la fonction de témoins & de juges tout enſemble, puiſqu'ils dépoſent de la vérité du fait, comme s'ils y avoient été préſens, & que leur rapport eſt cru & entériné

riné enſuite ſans connoiſſance de cauſe par les juges. [*]

30. Le terme *ſimulé* a été expliqué ci-deſſus ; & pour mieux entendre celui de *frauduleux*, dont il a déja été parlé, il faut remarquer que la fraude ſe peut commettre en pluſieurs manieres. Mathæus *de Afflictis*, en diſtingue juſqu'à onze, ſçavoir celles qui s'appellent *de re ad rem, de perſonâ ad perſonam, de contractu ad contractum, de modo ad modum, de nomine ad nomen, de tempore ad tempus, de quantitate ad quantitatem, de facto ad factum, de loco ad locum, de ſigno ad ſignum, de juramento ad juramentum* ; & il en rapporte des exemples : il n'y a que les trois premieres qui méritent d'être examinées ; celui qui vend une choſe pour une autre, ou qui diſſimule un vice de la choſe qui auroit empêché l'acheteur de l'acheter, commet une fraude appellée *de re ad rem ;* la fraude de ceux qui contractent enſemble frauduleuſement pour tromper un tiers, qui n'eſt point préſent au contrat, s'appelle *de perſonâ ad perſonam* ; & la fraude appellée *de contractu ad contractum*, eſt quand les contractans feignent de faire un certain contrat, & en font effectivement un autre.

31. Or, parce que dans ces ſortes de queſtions, il s'agit uniquement de découvrir la vérité de deux faits contraires, & que cette vérité n'eſt autre choſe que ce qui réſulte de la preuve que la loi a permis de faire : *Nihil aliud eſt veritas, quàm id quod aut per legem aut per præſumptionem fuit prolatum*, dit Maſcardus, *de Probation.* Il s'enſuit que le juge ne peut ſe déterminer s'il n'y a une preuve ſuffiſante, parce qu'il eſt obligé de juger conformément à cette preuve. Il faut donc examiner quelle différence il y a entre les preuves.

Judex tenetur judicare ſecundum allegata & probata.

[*] Mais ce rapport n'étant appuyé que ſur un art conjectural & très-incertain, il ne doit être employé qu'à défaut de toute autre preuve ; & c'eſt celle de toutes les preuves qui doive avoir le moins d'autorité. Elle doit en avoir même beaucoup moins que la preuve par témoins ; car ſi les témoins peuvent être corrompus, au moins lorſqu'ils ne le ſont pas, leur dépoſition eſt-elle fixe & certaine. Mais pour les experts, outre qu'ils peuvent être corrompus comme les témoins, & qu'ils ne ſont proprement que des témoins, en ſuppoſant même leur probité hors de toute atteinte, leur rapport ne peut jamais produire une véritable certitude. Suivant la Nov. 73, ch. 3, la déclaration des témoins numéraires de l'acte doit prévaloir à la comparaiſon des lettres faites par experts.

Quand un acte ſous ſeing privé eſt méconnu, on peut le vérifier, tant par témoins que par experts ; c'eſt ce qui a été jugé par arrêt du parlement de Rouen du 25 Février 1746.

32. Maſcardus, *quæſtione* 4, *n.* 11, après avoir défini la preuve en général, *Oſtenſio rei dubiæ per legitimos modos judici facienda in cauſis apud judicem controverſis* qu. 2, n. 17, la diviſe en deux eſpeces ; celle qu'il appelle *pleine*, laquelle ſuffit pour convaincre le juge ; (*d*) & celle qu'il appelle *ſemi-pleine*, ou *imparfaite*, qui mérite quelque créance, mais qui n'eſt pas aſſez forte pour obliger le juge à y conformer ſon jugement. A l'égard de celle qui appelle une *pleine* & *entiere preuve*, il la ſubdiviſe en ſept ; 1. celle qui ſe fait par la dépoſition des témoins ; 2. par titre authentique ; 3. par la confeſſion ou reconnoiſſance de la partie. 4. Par l'évidence du fait ; 5. par le ſerment ; 6. par une préſomption juſte & légitime ; 7. par le bruit commun. Il diviſe la ſeconde en quatre eſpeces ; celle qui réſulte de la dépoſition d'un ſeul témoin ; celle qui réſulte de la comparaiſon d'écriture ; celle qui réſulte d'une écriture ſous ſignature privée, & celle qui réſulte d'une préſomption qui n'eſt pas convaincante.

Quæ tantam fidem faciat quantùm ad finiendam controverſiam ſufficiat. Id. n. 15.

Notorium eſt quod ſeipſum oſtendit.

33. Il n'eſt pas queſtion d'approfondir ici, ſi ces diviſions ſont juſtes ou non ; mais il faut remarquer d'abord qu'il y a des cas où même la preuve n'eſt pas, ce ſemble, néceſſaire ; ſçavoir, quand il y en a déja une entiere par l'évidence du fait. C'eſt ce que nous appellons une *choſe notoire*, & on en diſtingue de trois ſortes : *notorium facti*, quand le fait eſt public, & qu'il s'eſt paſſé devant les yeux de tout le monde [*] ; *notorium juris*, quand il s'agit d'un droit acquis à une perſonne contre une autre, en vertu d'une obligation ou d'une ſentence. *Notorium præſumptionis*, eſt ce qui s'appelle une préſomption certaine & néceſſaire, *præſumptio juris & de jure*. Néanmoins on ne peut pas dire que, dans tous ces cas, quoique notoires, la preuve ſoit inutile ; car on ne peut prétendre que la preuve ſoit faite, parce que le juge ne peut juger par ſa propre connoiſſance : dans le premier cas, il faut qu'il entende les témoins ; dans le ſecond, il eſt

Per quam rei geſtæ fides aliqua ſit judici ; non tamen tanta, ut jure eam debeat ſequi in ſententiâ dicendâ.

[*] Et qu'il demeure vérifié par les actes publics, ou par la dépoſition des témoins, ou par la confeſſion faite en jugement par l'accuſé ; mais ſi l'on entend par *notorité* le bruit public, cela eſt très-différent : il ſeroit très-dangereux de s'arrêter à ce bruit, parce que *fama tam ficti pravique tenax, quàm nuncia veri.*

indubitable qu'il faut rapporter l'obligation ou la ſentence ; & dans le troiſieme, il faut alléguer la préſomption *juris & de jure*, laquelle peut déterminer le juge, s'il la trouve aſſez forte : ainſi, dans ces cas, la preuve eſt facile, parce que le fait eſt manifeſte par lui-même.

34. Ce qui peut donc faire difficulté, eſt quand la preuve eſt demi-pleine & imparfaite, & qu'elle ne ſuffit pas pour convaincre entièrement l'eſprit du juge. Or cette preuve n'eſt imparfaite, que parce qu'elle n'eſt pas fondée ſur des faits évidens, ou ſur des préſomptions certaines & invincibles.

Ainſi il faut diſtinguer en général deux ſortes de préſomptions, comme il a déja été obſervé ; celles qui ſont certaines, que l'on appelle *juris & de jure*, & celles que l'on nomme ſimplement *préſomptions de droit*.

La définition de la préſomption *juris & de jure*, eſt tirée d'Alciat dans ſon excellent Traité des Préſomptions, part. 2, n. 1, *in præludiis*.

35. *Diſpoſitio legis aliquid præſumentis, & ſuper præſumpto, tanquam ſibi comperto ſtatuentis.* C'eſt une diſpoſition de la loi, dit-il, qui préſume qu'une certaine choſe eſt véritable, & qui, par ſa ſeule autorité, veut que cette choſe paſſe pour une vérité, comme ſi elle en étoit elle-même convaincue. Exemple : quoique la femme, en ſe mariant, n'eût pas ſtipulé que ſa dot lui ſeroit rendue, la loi préſumoit néanmoins que cette ſtipulation avoit été faite, en telle ſorte que la preuve du contraire n'auroit pas été admiſe, parce que quand la loi a porté ſon jugement ſur une choſe, elle ne peut être démentie ; d'où eſt venue la maxime, Que la preuve du contraire n'eſt pas reçue contre la préſomption *juris & de jure*.

L. 2, Cod. de Rei uxor. *Itaque actione rei uxoriæ ſublatâ ſancimus omnem dotem per ex ſtipulatu actionem exigi, ſive ſcripta fuerit ſtipulatio, ſive non, ut intelligatur re ipſâ ſtipulatio eſſe ſubſecuta*, &c.

Quant à la ſimple préſomption de droit, les docteurs l'ont définie diverſement.

36. Menochius, queſtion 10, *de Præſumpt.* dit que c'eſt une conjecture dans une affaire douteuſe, qui réſulte des argumens & des indices qu'on tire de certaines circonſtances du fait, qui l'accompagnent pour l'ordinaire : *Eſt conjectura ſeu divinatio in rebus dubiis collecta ex argumentis vel indiciis per rerum circumſtantias frequenter evenientibus.* Mais cette définition n'eſt pas la définition de la

ſimple préſomption de droit en général, mais plutôt d'une certaine préſomption qui réſulte de la vraiſemblance qu'il y a, que certains faits ſont d'ordinaire accompagnés de certaines circonſtances : *Ex eo quód plerumque fit ducuntur præſumptiones*, dit M. Cujas ſur la loi 9 & 19, *ff. de Probat.* & c'eſt ſur ce fondement que Gudelinus, *l. de Jure novissimo*, la définit de la même maniere.

Præſumptio quaſi præſumpta, ſeu antè ſumpta opinio; naſcens ex eo quòd plerumquè ità ſoleat accidere, & rarò contra.

37. Weſembece, l. 22, D. *de Prop.* dit que la préſomption de droit eſt l'opinion ou le ſentiment de la loi, qui préjuge qu'une choſe eſt véritable, avant qu'elle ſoit prouvée ; ce qui ne ſe peut entendre que de la préſomption *juris & de jure. Legis opinio quâ lex aliquid præſumit, & antè capit quàm probetur.*

38. Alciat a mieux rencontré, en diſant que c'eſt une conjecture probable, fondée ſur un ſigne certain, laquelle fait une preuve entiere, juſqu'à ce qu'elle ſoit détruite par une préſomption contraire. *Eſt probabilis conjectura ex certo ſigno proveniens, quæ alio non adducto, pro veritate habetur.*

39. Menochius, queſt. 7. *de Præſumpt.* diviſe la ſimple préſomption de droit en pluſieurs eſpeces, & dit qu'il faut diſtinguer ces mots, *indices, conjectures, ſignes, ſuſpicion, adminicule.*

40. L'indice, dit-il, eſt, ſuivant l'opinion de quelques-uns, une conjecture qui réſulte des circonſtances, non pas certaines & néceſſaires, mais ſeulement probables, qui peuvent n'être pas véritables, mais qui du moins ſont néceſſairement accompagnées de vraiſemblance. *Conjectura ex probabilibus & non neceſſariis orta, à quibus poteſt abeſſe veritas, ſed non veriſimilitudo veri.* Menochius n'approuve pas cette définition, parce que, dit-il, elle peut convenir à la préſomption de droit en particulier. Celle de Curtius Senior, ajoûte-t-il, eſt plus juſte, quand il ſoutient que l'indice eſt une certaine marque & une certaine démonſtration qu'une choſe a été faite.

41. La conjecture, ainſi que rapporte Menochius au même endroit, peut ſe définir, ſuivant le ſentiment de Speuſippe, l'indice d'une choſe cachée, ou la preuve qui réſulte de la vérité du fait par le raiſonnement, par les ſignes qui l'accompagnent, & par la conjoncture des tems. *Rei latentis indicium & id quod per rationes & ſigna, &*

tempora & hujuſmodi conjicit, id eſt, cogitat & colligit.

42. Le ſigne eſt ce qui tombe ſous quelqu'un des ſens, & la marque d'une choſe dont il eſt la ſuite, ſoit qu'elle ſoit arrivée auparavant, ou en même tems, ou qui doit arriver; mais ce ſigne a beſoin d'être confirmé par d'autres preuves plus fortes. Ainſi, quand on voit une épée toute ſanglante en la main d'une perſonne, c'eſt ſeulement un ſigne qu'il y a eu quelqu'un de tué ou de bleſſé.

43. La ſuſpicion eſt un mouvement de l'ame, fondé ſur quelques circonſtances qui inclinent le juge à juger plutôt d'une maniere que d'une autre, mais qui ne l'empêchent pas de douter s'il ne doit point juger autrement; c'eſt ainſi que Bartole la définit ſur la loi *Admonendi*, *ff.*

Suſpicio eſt quæ animum judicis aliquo argumento in aliquam partem, inclinat, etſi non omnem excludat dubitationem.

44. Enfin l'adminicule eſt ce qui ſert à confirmer une choſe qui eſt déja probable par elle-même.

45. Mais il faut remarquer que, dans notre uſage, on confond la ſignification de tous ces noms, ſur-tout en matiere civile. On appelle *préſomption de droit*, ce qui n'eſt qu'un indice; on appelle *un indice* ce qui eſt un ſigne; on appelle *un ſoupçon* un indice. Il ne s'agit pas ici de l'application qu'on doit faire de ces mots, en matiere criminelle, où il eſt plus dangereux de ſe méprendre; & il eſt aſſez indifférent d'approfondir ſi les définitions qui ont été rapportées ci-deſſus, ſont juſtes, il ſuffit d'en avoir donné une idée, parce que les auteurs, qui traitent de la preuve par témoins, en parlent ſouvent.

46. Ce qu'il faut obſerver, eſt que, dans ce nombre infini de préſomptions qui ſe préſentent à l'eſprit dans les affaires douteuſes, il y en a qui méritent plus de créance les unes que les autres; & ce ſont celles là, que le juge doit ſuivre, ſçavoir:

47. 1° Celles qui ſont fondées ſur la nature: par exemple, qu'un pere s'intéreſſe dans ce qui regarde ſon fils; car cette préſomption doit l'emporter ſur les apparences; & il faut une preuve évidente du contraire, pour la détruire.

L. Iſti quidem, ff. Quod metûs cauſâ.

2° Les préſomptions qui ſont fondées ſur l'autorité de la loi, comme lorſqu'elle préſume que le fils, qui poſſede l'héritage que poſſédoit ſon pere durant ſa vie, tient cet héritage de lui, & que ce n'eſt que la continuation de la même poſſeſſion.

L. Sive poſſideatis, Cod. l. 4 de Probat.

Telle eſt encore la préſomption que la loi fonde ſur l'honnêteté publique ; ſçavoir, que le bien acquis par la femme durant le mariage, a été acquis des deniers de ſon mari, quand elle ne juſtifie pas par quel moyen elle l'a acquis ; ce que la loi aime mieux préſumer, que de donner lieu de croire qu'elle l'a acquis par des voies honteuſes, *l. Quintus Mutius ff. de Don. int. vir.*

48. Il y a d'autres préſomptions incertaines & arbitraires, ce ſont celles qu'on appelle *préſomptions de l'homme.* La loi *Obcarmen famoſum, ff. de Teſtibus*, en fournit un exemple : *Si teſtes omnes ejuſdem honeſtatis & exiſtimationis, ſive & negotii qualitas ac judicis motus cum his concurrat ſequenda ſunt omnium teſtimonia.* Cette loi ajoûte enſuite ces mots : *Confirmabitque judex motum animi ſui ex argumentis & teſtimoniis quæ rei aptiora & vero proximiora eſſe comperiet ;* c'eſt-à-dire, que quand les préſomptions ſont égales de part & d'autre en apparence, c'eſt au juge à les peſer & à ſe déterminer par celles qui paroiſſent les plus vraiſemblables.

49. Enfin il y a des préſomptions legeres, que les docteurs appellent *téméraires*, leſquelles ne produiſent qu'un ſoupçon, & non pas une préſomption : telles ſont celles qui ne ſont fondées que ſur les bruits publics, leſquelles ſe détruiſent ſouvent d'elles-mêmes.

50. Les régles qu'on peut tirer de tout ce qui vient d'être dit, pour ſçavoir quand le juge doit accorder la preuve par témoins ſur des préſomptions, ou quand il doit la refuſer dans le cas de contrats ſimulés, ſe peuvent réduire à celles qui ſuivent.

51. I. Il ne doit jamais l'admettre contre un acte par écrit [*],

[*] L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, défend d'admettre la preuve par témoins, contre & outre le contenu aux actes ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit avant lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une ſomme ou valeur moindre de 100 livres.

Sur quoi il faut obſerver avec M. Bornier, que l'ordonnance de Moulins n'avoit exclu la preuve par témoins, contre & outre le contenu au contrat qu'*aux choſes excédantes la* valeur de cent livres ; mais celle-ci ne veut pas que la preuve en ſoit reçue, encore qu'il s'agît d'une ſomme ou valeur *moindre* de cent livres. En ce cas même, il faut que ce qui eſt allégué avoir été dit, avant, lors, ou depuis les actes, ſoit inſéré dans le contrat, ou que les parties l'ayent fait ajoûter aux contrats après qu'ils ont été paſſés, ou qu'il ait été fait, par écrit ſous ſeing privé, des conventions de ce qu'elles prétendent avoir été autrement convenu.

Si cela n'avoit pas été ainſi reglé, il n'y auroit pas de contrat qui ne fût dé-

s'il n'y a préſomption de fraude, ou de ſimulation évidente [*].

52. 2° En ce cas, ce n'eſt pas aſſez d'articuler que le contrat eſt frauduleux ou ſimulé pour obtenir cette preuve; il faut ſpécifier quelle eſt la fraude dont on ſe plaint, de quelle maniere on prétend juſtifier que l'acte en queſtion eſt ſimulé, & marquer préciſément ceux que l'on accuſe d'avoir commis la fraude; ce qui ſe peut induire de la loi 16, *ff. de Dolo. Item exigit prætor ut comprehendatur, quid dolo malo factum ſit. Scire enim debet actor, in quâ re circumſcriptus ſit, nec in tanto crimine vagari*; & de la loi 2, *ff. de Doli mali & metûs exc. ſpecialitèr exprimendum eſt, de cujus dolo quis queratur.* Maſcardus, *de Prob.* concl. 449, n. 6, rapporte les ſentimens des docteurs qui expliquent cette maxime.

53. 3° Il ne peut admettre cette preuve contre une préſomption *juris & de jure*, parce que cette préſomption eſt elle-même une preuve invincible, qui ne peut être combattue que par une autre preuve également certaine. [**]

54. 4° Réguliérement il ne doit pas l'admettre contre une préſomption de droit, ſi elle eſt fondée ſur la nature,

truit par la dépoſition des témoins. C'eſt ſur ce fondement qu'il fut jugé par deux arrêts rapportés par Charondas, liv. 2 de ſes Rép. rep. 91., qu'on ne pouvoit pas être reçu à prouver qu'une quittance faite par-devant notaires par un créancier, étoit ſous promeſſe que le débiteur lui avoit faite de le payer, ni qu'encore que le contrat de bail à ferme fût pour neuf ans, le locateur avoit promis, en le paſſant, de le réſoudre après trois ans.

Il faut encore obſerver que, dans les cas dans leſquels l'ordonnance exclut la preuve vocale, les juges ne doivent avoir aucun égard aux preuves faites par témoins, quoique faites en exécution de réglement de contraires; d'autant que cette ordonnance concerne le droit public auquel les juges ne peuvent pas déroger.

Cette prohibition de l'ordonnance a lieu pareillement à l'égard des écritures privées, dûment reconnues, puiſqu'elles ſont autant de foi que les contrats.

[*] L'ordonnance n'exclut la preuve par témoins, contre le contenu aux actes, que parce qu'il a été au pouvoir des parties de ſe procurer une preuve par écrit par des contre-lettres; mais ſi une partie alléguoit contre un acte, des faits de violence exercés contre elle, pour la contraindre à paſſer l'acte; des faits de dol, par leſquels elle prétendroit qu'on auroit ſurpris ſon conſentement ou ſa ſignature, & autres faits ſemblables, comme il n'a pas été en ſon pouvoir d'avoir une preuve par écrit de ces faits, il n'y a pas de doute qu'elle ne doive être admiſe à les prouver par témoins, quoique ce ſoit par la voie civile qu'elle ſe ſoit pourvue contre l'acte. Potier, Tr. des Obl. part. 4, ch. 2, art. 3. Voyez auſſi M. Jouſſe en ſon Comment. ſur l'ordonnance, tit. 20, art. 4, qui cite Carondas en ſes Rép. liv. 7, ch. 187, & Mornac, ſur la loi *Dolum* 6, *Cod. de Dolo mal.*

[**] Nous l'avons vu ci-deſſus en parlant des préſomptions, pag. 6 & 7 aux notes.

parce qu'elle eſt d'ordinaire invariable dans ſes opérations. Néanmoins, parce que les ſignes, qui marquent ſes opérations peuvent être équivoques, (dont Menochius, *de Præſ.* liv. 1, queſt. 3, en rapporte un exemple qu'il juſtifie par l'autorité d'Hippocrate & de Galien) il peut y avoir des exceptions à cette régle.

55. 5° Dans les queſtions de droit, il eſt manifeſte auſſi, que la preuve par témoins ne peut être permiſe, parce la loi doit ſeule décider en cette rencontre, & que le juge eſt préſumé la ſçavoir [*].

56. En un mot, dans toutes les queſtions de fait, quand il ne ſe rencontre aucune préſomption appellée *juris & de jure*, ou fondée ſur la nature ou ſur l'autorité de la loi, mais ſeulement ſur le ſens commun & ſur le raiſonnement, le juge peut accorder ou refuſer, ſi bon lui ſemble, la preuve par témoins; parce que la régle étant générale, qu'en matiere de contrats ſimulés, la preuve par témoins eſt admiſſible, c'eſt au juge à ſe déterminer par ſa prudence; & M. d'Argentré, ſur l'article 269 de la coutume de Bretagne *in verbo* AU CONTRAT, n. 8, s'étonne que l'on ait pu douter que la preuve par témoins ne fût pas recevable en ce cas, ſous prétexte de la prohibition de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, parce que, dit-il, la ſimulation ne ſe peut prouver que par conjectures, & non par écrit; ce qu'il confirme en cet endroit par les autorités des docteurs qui ont établi cette maxime [**].

Proinde ſtulta eſt dubitatio eorum qui prætextu ordinationis Molinenſis quæde probationibus ſtatuit, ambigunt an ſimulatio contractûs poſſit teſtibus probari, cùm hæc circumſtantiis & his quæ de facto adjuncta ſunt potiùs probentur ex conjecturâ quàm ex ſcripto.

[*] La preuve par témoins n'eſt pas admiſe, quand il s'agit de l'interprétation d'une coutume ou d'un uſage, pour leſquels on faiſoit autrefois des enquêtes par turbes, (ordonnance de 1667, tit. 13, article 1.) On a recours en ce cas aux actes de notoriété.

[**] Le même d'Argentré, ſur l'art. 270, en donne encore une autre raiſon, c'eſt que ces contrats, comme nuls, ne peuvent être appellés contrats: *Colorem habent, ſubſtantiam verò nullam; nulla quippe conventio initur, nullus contractus agitur, ſed ſimulatur.* Or la prohibition de l'ordonnance d'admettre la preuve teſtimoniale contre les contrats, ne ſe doit entendre que des contrats vrais, & non de ceux qui ſont frauduleux, feints, ſimulés & déguiſés.

C'eſt auſſi l'avis de Dumoulin ſur la Cout. de Par. §. 23, gloſ. 2, n. 19 & 20: *Fraus*, dit-il, *conſtitit in circumſtantiis facti, quod probandum eſt per teſtes.* Le même, § 55, gloſ. 2, n. 7: *Simulatio ex præſumptionibus & conjecturis probatur.*

Lhoſte ſur la Cout. de Lorris, ch. 2, art. 34; Tiraqueau, du Retrait lig. §. 1, n. 57 & 58; Grimaudet Traité des retr. liv. 5, ch. 9; liv. 10, ch. 58, penſent de même, ainſi que tous les docteurs. Balde, *ad l.* 1. C. *plus valere quod agitur.* Decius, *conſil.* 569, n. 1; 587, n. 3; 644, n. 11; & 692, n. 1. Mornac, *ad l.* 1, §. 1, de *Dol. mal. ad l.* 1, C. *plus val. quod agit. & ad l. Cùm ea* 21, C. *de Tranſact.* Balde, *in l. fin.* §. *in Computatione*, C. *de Jur. delib.* Barthole, *in l. Si non verum*, C. *de Donat.*

§. 7°.

57. Mais parce qu'en cette matiere qui eſt arbitraire, on ne peut trop entrer dans le détail pour en fixer les maximes, autant qu'il eſt poſſible, on peut obſerver encore que les préſomptions de fraude & de ſimulation, ſelon nos mœurs, ſe peuvent réduire à ſix principales, dont les docteurs ont parlé, qui en comprennent pluſieurs autres qui y ont du rapport.

58. La premiere eſt la qualité des perſonnes qui diſpoſent, quand la loi leur a défendu de contracter enſemble, ou quand elle a attaché aux diſpoſitions qu'elles peuvent faire, certaines ſolemnités qu'elles n'ont pas obſervées : par exemple, entre un mari & une femme, un pere & quelqu'un de ſes enfans qu'il préfere aux autres, un pupille & ſon tuteur. La ſeconde eſt la qualité de certaines diſpoſitions, ou conventions, que la loi a ſpécialement défendues à ces ſortes de perſonnes, comme une donation entre-vifs entre conjoints, durant le mariage. La troiſieme eſt la qualité des choſes, dont elle leur a interdit la diſpoſition, comme celle des propres par teſtament au-delà du quint; la quatrieme, la qualité des clauſes de la diſpoſition, quand elles ſont inſolites ou équivoques; la cinquieme, quand ces perſonnes contractent dans un temps auquel il leur eſt expreſſément défendu de contracter par la loi; la ſixieme, quand il paroît manifeſtement par les autres circonſtances du fait, que l'acte eſt ſimulé entre les parties, ou frauduleux, à l'effet d'en faire retomber l'effet ſur un tiers qui n'y a point été appellé.

59. Mais ſi dans un acte il ne ſe rencontre que quelques-unes des circonſtances ci-deſſus, les docteurs ont demandé en ce cas quel nombre de préſomptions eſt néceſſaire pour juger ſi le contrat eſt ſimulé & frauduleux. La plûpart demeurent d'accord que, quand il s'en rencontre trois conformes entr'elles, ſi elles ſont conſidérables par elles-mêmes, & eſſentielles au fait dont il s'agit de dé-

Voyez du Moulin, coutume de Paris, §. 23. *Et de contractu. uſu. qu.* 56.

int. vir. & uxor. & in l. Nemo poteſt, ſ. 11 *de Leg.* 1, *argum. l. Emptor de aqua plu. arc.*

Brodeau, ſur Louet, let. T, ſom. 7, rapporte deux arrêts qui ont permis de prouver par témoins qu'un contrat étoit feint & ſimulé, l'un du 20 Mars 1607, jugé dans un contrat d'échange, au profit du receveur de l'abbaye de Saint-Germain des Prés; l'autre du 4 Juin 1619.

Voyez le n. 3 des Addit. ſur le ch. 11.

couvrir la vérité, & notamment ſi la loi les a marquées expreſſément, telles que ſont celles ci-deſſus exprimées, elles doivent ſuffire pour faire une preuve entiere de la ſimulation. Alexandre, *conſil.* 190, livre 7; Coquille, art. 40, Coutume de Nivernois; Valla, *de Rebus dubiis*, le décident ainſi; & Me Charles du Moulin, tit. 1 des Fiefs, §. 33, gloſ. 2, n. 69; *idem* ſur la regle *de Infirmis*, n. 111 & 112, & dans ſon Traité des contrats uſuraires, queſt. 56, n. 392, ajoûte qu'il y a même des cas où deux préſomptions ſuffiſent. En un mot, la loi n'ayant point fixé ce nombre, on peut dire que cela dépend toujours de la prudence du juge, qui peut mieux connoître que perſonne, par la qualité du fait, ce qu'il en doit déterminer.

60. Il ſuffit de remarquer que, quand il s'agit, dans ce cas, d'accorder ou de refuſer la preuve par témoins contre un contrat, puiſque la loi n'a point décidé quel nombre de préſomptions eſt néceſſaire, ni de quelle qualité elles doivent être, le juge eſt, en quelque ſorte, au-deſſus de la loi même qui l'abandonne à ſon propre mouvement, & qui s'en rapporte entierement à lui; mais c'eſt par cette raiſon, qu'étant comme ſubſtitué à ſa place, il doit d'autant plus s'attacher à ſuivre ſon eſprit & ſon intention, qui a été de rejetter la preuve par témoins ſi-tôt qu'elle paroît ſuſpecte; & c'eſt par ſon application, & par un diſcernement éxact & juſte, qu'il doit eſſayer de ſe rendre digne de la confiance qu'elle veut bien avoir en lui.

61. Il eſt toujours certain, en cette rencontre, que le nombre des préſomptions, & la liaiſon qu'elles ont l'une avec l'autre, eſt toujours d'un grand poids; & c'eſt ſur cette raiſon qu'eſt fondée la régle vulgaire: *Quod ſicut quæ non proſunt ſingula, multa juvant, ita è contra, quæ non nocent ſingula, multa nocent;* ce que Cæpolla explique plus au long dans ſon Traité des contrats ſimulés, § 180, & ce n'eſt pas même aſſez que pluſieurs préſomptions de dol ſe rencontrent enſemble, ſi ces préſomptions de fraude ſont combatues par d'autres, auſſi fortes, qui puiſſent faire préſumer la bonne foi des contractans, parce que le dol ne ſe peut prouver que par des indices manifeſtes: *Dolum*

ex indiciis perſpicuis probari convenit, & non par des préſomptions vagues & incertaines, ou qui peuvent avoir un ſens tout oppoſé à celui qu'on leur donne. Les docteurs ajoûtent encore qu'il faut, en cette matiere, prouver le deſſein de fraude, & l'événement *conſilium, & eventus*; & ce ſont deux choſes que l'on ne peut prouver l'une ſans l'autre. *l. 6, Cod. 2, tit. 21.*

62. S'il m'eſt permis, après tout ce qui vient d'être dit, d'ajoûter une nouvelle réflexion, pour déterminer de quel caractere doivent être les préſomptions de droit, afin qu'on y puiſſe ajoûter foi, quand il s'agit de décider ſi un acte eſt frauduleux & ſimulé, il me ſemble que, puiſque l'on n'eſt obligé de s'en rapporter à des préſomptions, que lorſque la preuve par témoins, ou celle par écrit, viennent à manquer, il s'enſuit que la loi regarde les préſomptions comme des témoins, puiſque c'eſt ſur la foi de ces préſomptions, qu'elle ſe détermine, & que, par conſéquent, elles doivent avoir les mêmes qualités que celles que la loi requiert dans la dépoſition des témoins, pour y ajoûter une créance entiere.

63. Or la premiere qualité d'une dépoſition, eſt qu'elle doit être grave & préciſe, c'eſt-à-dire que le témoin doit préciſément dépoſer du fait principal qu'il s'agit de prouver; autrement, s'il ne dépoſe que d'une circonſtance particuliere du fait, ſa dépoſition ne prouve que la circonſtance qu'il articule, & non pas le fait dont il s'agit, & ſi cette circonſtance n'eſt pas eſſentielle, & n'a pas une liaiſon néceſſaire avec le fait en queſtion, on ne peut en tirer une conſéquence certaine de ce fait.

La ſeconde eſt qu'une dépoſition doit être claire & juſte, c'eſt-à-dire, ſans équivoque & ſans variation; car ſi elle eſt conçue en termes obſcurs & à double ſens, ſi elle ſe dément par elle-même, ou ſi elle eſt démentie par quelque circonſtance manifeſte du fait, ou ſi le témoin varie dans ſa dépoſition, elle ne doit faire aucune impreſſion, toute ſa force & toute ſon évidence conſiſtant dans cette juſteſſe & dans cette conformité qu'elle doit avoir avec la vraiſemblance du fait; en telle ſorte qu'en lui donnant un ſens raiſonnable, elle ne puiſſe prouver un

autre fait que celui dont il s'agit, ni avoir un double ſens qui renferme quelque contrariété.

La troiſieme eſt que cette dépoſition ne doit pas être unique : *Unus teſtis, nullus teſtis ;* il faut qu'elle ſoit ſoutenue du moins par la dépoſition d'un autre témoin, également forte & convaincante. Ainſi, pour qu'une préſomption puiſſe déterminer le juge à accorder la preuve par témoins, qu'un contrat eſt ſimulé ou frauduleux, il faut que cette préſomption de ſimulation ou de fraude qu'on oppoſe contre le contrat, ſoit ſoutenue par d'autres préſomptions, & que ces préſomptions ayent de la liaiſon les unes aux autres ; de telle ſorte qu'elles ne ſe démentent point, & que l'une naiſſe en quelque façon de l'autre. Car pluſieurs préſomptions legeres de fraude, ne doivent être d'aucune conſidération, parce que ce n'eſt pas de leur nombre qu'il faut tirer certitude, c'eſt de leur vraiſemblance & de leur conformité entr'elles.

Enfin une ſeule préſomption, quelque forte qu'elle puiſſe être, quand ce n'eſt pas une de celles appellées *juris & de jure*, ne doit jamais déterminer le juge contre un acte par écrit, qui, ayant pour lui l'autorité & le ſceau de la loi, mérite toute la créance qu'exigeroit la vérité même.

64. Et c'eſt par cette raiſon que les juges, quand il s'agit d'accorder ou de refuſer la preuve par témoins, (quoique, ſuivant le ſentiment de Balde, ils ne puiſſent rendre la juſtice dans les affaires de fait, ſans être pleinement informés de la vérité ;) néanmoins, parce que c'eſt ſur-tout en matiere de contrats ſimulés, qu'il eſt le plus aiſé de ſe tromper, d'autant que ceux qui les font, s'étudient avec ſoin de cacher leur fraude ſous les apparences de la vérité.

Veritas juris ex veritate facti. Facti interpretatio plerumque prudentiſſimos fallit.

65. Ils ne doivent accorder la preuve par témoins, que ſur des circonſtances de fraude bien préciſes [*], à

[*] Il eſt à craindre que cette allégation de fraude & de dol ne ſoit un moyen imaginé pour contrevenir à l'ordonnance ; c'eſt ce qu'obſervoit M. l'avocat général Gilbert, portant la parole dans une cauſe où il s'agiſſoit d'une procédure criminelle faite contre un particulier, pour prouver que par dol & par fraude il avoit ſurpris un billet de commerce. Il poſa pour principe certain : » que toutes voies indirectes, ménagées » pour introduire la preuve teſtimoniale » contre des actes, ſont autant de fraudes » à l'ordre public, & une ſubtilité pour » faire recevoir une preuve prohibée par » l'ordonnance. » Conformément à ces

cauſe de la préſomption de la loi pour la vérité de l'acte, ſoit qu'il ſoit authentique ou ſous ſignature privée ; car elle préſume que c'eſt l'ouvrage de deux perſonnes libres leſquelles ont été en droit de ſtipuler leurs intérêts ſous telles clauſes qu'elles ont jugé à propos : ainſi, quoique l'acte paroiſſe dur & déſavantageux à l'une des parties, cela ne doit pas paſſer dans l'eſprit du juge, pour une préſomption de fraude, quand il n'y a rien contre les bonnes mœurs, parce qu'il peut y avoir eu des raiſons qui les ont obligés de les ſtipuler, & que quand elles n'articulent point la force & la violence, mais ſimplement la ſurpriſe & le dol, ce n'eſt pas aſſez qu'il paroiſſe qu'elles ont manqué de prudence dans ce qui les regarde, pour leur accorder la preuve par témoins de ce dol prétendu, quand elles ne l'appuient d'aucune circonſtance préciſe. [*]

concluſions, les parties furent miſes hors de cour, ſur l'extraordinaire, par arrêt rendu en la Tournelle, le 15 Décembre 1723, ſauf à ſe pourvoir à fins civiles.

Trois autres arrêts plus récens ont également rejetté la preuve teſtimoniale contre le contenu aux actes, que des parties ſoutenoient être l'ouvrage de la fraude & du dol.

Le premier a été rendu au rapport de M. Nau, le 30 Août 1735, & a infirmé la ſentence du juge de Laval, en ce qu'elle avoit admis la preuve teſtimoniale des faits de dol & de ſurpriſe articulés par les héritiers d'un débiteur contre une obligation ſouſcrite devant notaires, au profit d'un de leurs cohéritiers, nommé *Marchand*.

Le ſecond a été rendu le 13 Août 1736, au rapport de M. le Moine, & a confirmé la ſentence du Châtelet, qui condamnoit les héritiers du ſieur Lallier à payer à la demoiſelle Leſaſſier une ſomme de 6000 livres montant d'une obligation, nonobſtant qu'ils offriſſent de prouver que la créancière n'étoit pas en état de prêter cette ſomme ; que c'étoit une donation faite entre concubins, & qu'enfin la créancière vivoit en concubinage avec le ſieur Lallier.

Le dernier eſt intervenu le 6 Mars 1756, au rapport de M. Paſquier, & a infirmé la ſentence du juge de Laval, qui avoit admis la preuve par témoins de la ſurpriſe & du dol articulés par un pere, en qualité de curateur à l'interdiction de ſon fils, & qu'il prétendoit avoir été pratiqués contre ce même fils dans différens actes paſſés avant ſon interdiction.

Cependant il eſt à remarquer que ces trois derniers arrêts ne ſont pas tout-à-fait dans l'eſpece de l'ordonnance, qui, en rejettant la preuve teſtimoniale contre & outre le contenu aux actes, n'a eu en vue que les contractans, & non les tiers, ſelon l'avis des meilleurs auteurs. Voyez aux addit. ſur le ch. 11, la note du n° 3. Il eſt bien vrai que la foi eſt plus dûe aux actes qu'à la preuve teſtimoniale ; mais cela n'empêche pas qu'on ne doive l'admettre en faveur des tiers, lorſque de fortes préſomptions militent pour eux. Il y a même des circonſtances où on peut l'admettre, même en faveur de ceux qui ont été parties aux actes, s'ils produiſent des commencemens de preuve par écrit de fraude & de dol exercés à leur égard.

Ainſi il faut, pour détruire la foi qui eſt dûe aux actes, des commencemens de preuve par écrit, ou au moins de fortes préſomptions.

[*]. Ce n'eſt pas encore aſſez pour faire admettre à la preuve par témoins de la ſurpriſe & du dol, que le dol ſoit bien circonſtancié, & qu'il paroiſſe bien prouvé ; il faut de plus que le dol ſoit

En un mot, il y a toujours plus de ſûreté pour les juges de ſuivre à la lettre l'eſprit de l'ordonnance qui a regardé cette preuve comme dangereuſe, & qui la défend, que de l'accorder legérement ſans une eſpece de néceſſité, pour ne pas dire par une curioſité vaine de pénétrer trop avant, & de deviner en quelque ſorte ce qui n'eſt pas, par le ſecours d'une preuve ſi peu ſûre & ſi décriée.

66. Il faut donc s'en tenir à l'acte; lors même qu'il paroît quelque circonſtance probable de fraude & de ſimulation, la préſomption de la loi pour la vérité du contrat, doit être toujours plus forte, comme Cæpolla, *de ſimulato Contractu*, §. 103, le prouve amplement; d'où il conclut que, dans le doute, la foi de l'acte doit l'emporter : *In dubio inſtrumento ſtandum eſt, nec ſimulatus præſumitur.*

67. Quant à ceux qui demandent à faire la preuve par témoins d'un contrat ſimulé, s'ils ſont eux-mêmes parties, & dénommés dans le contrat, ils n'y ſont pas recevables, pour l'ordinaire. Autre choſe eſt de ceux qui n'y ont point été appellés, & auxquels, par conſéquent, on ne peut pas imputer d'avoir été complices de la fraude, quand même ils ſeroient aux droits de ceux qui ont paſſé l'acte. C'eſt ainſi que le décide Loyſeau, des Offices, l. 2, chapitre 1, n. 72, en parlant de l'ordonnance de Moulins. Louet, lett. R, n. 53, en rapporte des arrêts qui l'ont jugé; & Vrevin, chap. 12 de ſes Obſervations ſur cet article de l'ordonnance de Moulins, en rapporte un autre du 5 Mai 1614, par lequel il fut jugé que le mari étoit recevable à prouver par témoins, que ſa femme, à ſon inſçu, avoit donné à ſes enfans du premier lit deux cens écus, provenant d'une ſucceſſion à elle échue, laquelle ſomme elle avoit détournée : néanmoins il peut y avoir des cas où ceux qui ſont parties dans l'acte, & qui l'ont ſigné, peuvent être admis à faire preuve par témoins de la ſimulation, ſi, par exemple, il y a eu erreur de fait de leur part; ce qui dépend des circonſtances, & de la prudence du juge.

grave, & capable d'opérer la reſciſion du contrat; car, *fruſtrà probatur quod probatum non relevat* : ainſi dans un contrat fait entre majeurs, il faut que le dol renferme une léſion d'outre-moitié, ou qu'il bleſſe ouvertement la bonne foi. Voyez ci-deſſus la note du n. 25.

68. Au reſte, il ſeroit facile d'ajoûter ici un grand nombre d'arrêts ſur cette matiere des contrats ſimulés, qui eſt fort fréquente. Theveneau ſur les Ordonnances, T. 9, art. 5 ; Louet, lett. T, n. 7, & Brodeau *ibidem*. Neron & Guenois, ſur cet article 54 de l'ordonnance de Moulins ; Charondas, reſponſ. 58 ; Baſſet en ſes arrêts de Provence, liv. 1, chap. 4 ; & liv. 2, chap. 10 ; le Preſtre, Cent. 4 ; le Journal des Audiences, & celui du Palais ; M. Ricard, des donat. chap. 2, ſection 16, partie 1, & preſque tous les arrêtiſtes nous en rapportent pluſieurs. Mais pour décider ſi un contrat eſt ſimulé, il eſt fort dangereux de ſe fonder ſur le préjugé des arrêts, parce que, ſur-tout en cette matiere, il eſt toujours incertain ſur quels motifs & par quelles circonſtances la Cour s'eſt déterminée, à cauſe de la diverſité des faits & de l'interprétation différente qu'on peut leur donner ; la moindre particularité ſuffit pour changer l'eſpece ; & ſouvent la prudence même des juges y eſt trompée.

69. Après avoir examiné ce qui concerne les contrats ſimulés, il faut paſſer à ce que dit Boiceau touchant les contrats, contre leſquels on objecte quelque défaut eſſentiel qui en détruit la ſubſtance [*], comme ceux paſſés par force & par crainte, ou par ignorance de fait ou de droit.

A l'égard des premiers, Boiceau décide, en un mot, que ces contrats étant nuls [**], la preuve par témoins doit être reçue ; mais on peut demander ce que celui qui articule qu'il a ſigné un acte par force & par crainte, eſt tenu de prouver.

[*] La crainte & la force ne détruiſent pas la ſubſtance de l'acte : ils la vicient ſeulement ; car le conſentement, quoiqu'extorqué par la violence, eſt un conſentement tel quel : *Voluntas coacta eſt voluntas.* (*gloſſ. ad l.* 21, §. 5, *ff. quod met. cauſ.*) On ne peut pas dire qu'il n'y a point eu abſolument de contrat : il y en a un ; mais il eſt vicieux ; & celui dont le conſentement a été extorqué par violence, ou bien ſes héritiers, ou ceſſionaires peuvent le faire annuller ou reſcinder, en obtenant, pour cet effet, des lettres de reſciſion. Que ſi, depuis que la violence a ceſſé, il a approuvé le contrat, ſoit expreſſement, ſoit tacitement, en laiſſant paſſer le tems de la reſtitution, qui eſt de dix ans, depuis que la violence a ceſſé, le vice du contrat eſt purgé. Ainſi on ne peut plus être reçu à la preuve.

Il en eſt autrement de l'ignorance.

[**] Ce n'eſt pas le vice de ces contrats, qui fait admettre la preuve par témoins ; car il s'agit de ſçavoir s'ils renferment ce vice, & s'ils ont été paſſés par force ou par ignorance ; & ſi le motif de la force, ou de l'ignorance articulée faiſoit admettre la preuve par témoins, ce ſeroit ſuppoſer ce qui eſt en queſtion : la ſeule & véritable raiſon qui doit faire admettre cette preuve, c'eſt que la force ou l'ignorance ſont des faits dont on n'a pu ſe procurer une preuve par écrit.

70. Premiérement, il faut obſerver qu'en droit Romain, pour annuller un tel acte, la loi vouloit que la crainte qu'on alléguoit, eût été telle qu'elle eût pu faire une entiere violence à la volonté d'une perſonne ferme & conſtante, comme la crainte de la mort, de l'infamie, &c. Suivant nos mœurs, il n'eſt pas néceſſaire que la crainte ait été juſqu'à cet excès [*] ; il ſuffit que la volonté de celui qui a ſigné l'acte, n'ait pas été entiérement libre; les moindres voies de fait ſont défendues en France par nos ordonnances [**] : ainſi c'eſt au juge à examiner la qualité des faits & des menaces, pour ſçavoir ſi la preuve en eſt admiſſible ou non : *Hujus rei diſquiſitio judicis eſt*, dit la loi.

71. 2° Il eſt néceſſaire que celui qui a ſigné cet acte, mette en fait qu'il a été intimidé, ou du moins que c'eſt l'impreſſion de crainte, qui a été l'unique motif par lequel il l'a ſigné : *Metum præſentem accipere debemus, non ſuſpicionem inferendi ejus*, dit la loi. Ainſi, quand celui qui a été menacé, même de la mort, s'il ne ſignoit une obligation, l'a ſignée enſuite dans un tems libre, ou en a payé depuis la valeur volontairement, il n'eſt plus recevable à alléguer la crainte qu'il a eu de ces menaces; il y en a une eſpece dans la loi 2, Cod. *de His quæ vi.*

72. 3° Il faut que celui qui ſe plaint, articule préciſément les faits de violence & les menaces, qu'on lui a faites : *Metum non jactationibus tantùm vel conteſtationibus ſed atrocitate facti probari convenit ;* mais il n'eſt pas néceſ-

[*] On doit en cette matiere, avoir égard à l'âge, au ſexe & à la condition des perſonnes ; & telle crainte qui ne ſeroit pas jugée capable d'avoir ſuffiſamment intimidé l'eſprit d'un homme d'un âge mûr, & d'un militaire, & de faire, en conſéquence, reſcinder le contrat qu'il auroit fait, peut être jugée ſuffiſante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard. Voyez Brunneman, *ad l. 6, ff. Quod met. C.* & les auteurs par lui cités.

C'eſt pourquoi nous avons vu ci-deſſus aux Additions ſur le chap. 6, note ſur le n° 46, que la dame Rapali ne fut point écoutée en ce qu'elle alléguoit que ſa mere & ſon beau-pere l'avoient menacée de l'enfermer dans un couvent, ſi elle ne conſentoit à épouſer le ſieur Rapali. La crainte d'un état de miſere auquel ils la condamnoient, ſi elle réſiſtoit, ne parut pas non plus aſſez forte pour avoir pu lui ôter la liberté du conſentement.

[**] Le contrat péche au moins par le défaut de la bonne foi, qui doit régner dans tous les contrats. La mauvaiſe voie dont s'eſt ſervi celui qui a fait violence, eſt une injuſtice qui l'oblige envers celui qu'il a violenté, à la réparation du tort qu'elle lui a cauſé ; & c'eſt dans la reſciſion du contrat que conſiſte la réparation. *Grotius, de Jure belli, lib. 2, cap. 11, n. 7.*

faire

faire, dit la loi, qu'il prouve qui ſont ceux qui lui ont fait cette violence, il ſuffit qu'il prouve qu'il a été intimidé, & qu'il a été obligé de ſigner par force : *Sufficit docere metum ſibi illatum vel vim.* La raiſon de la loi eſt que la crainte trouble l'eſprit de celui qui craint : *Metus habet in ſe ignorantiam.*

73. 4° C'eſt un juſte ſujet de crainte, ſi celui qui eſt en poſſeſſion de tous nos papiers, comme un intendant, un procureur, menace de les jetter au feu, ſi on ne ſigne une promeſſe à ſon profit ; la loi l'a jugé ainſi dans une eſpece ſemblable, *l. Si accipiat pecuniam* [*].

74. 5° La qualité des perſonnes eſt auſſi fort à conſidérer ; ſi c'eſt un vieillard, une femme, un homme ſans expérience des affaires ; en ce cas, il n'eſt ſouvent beſoin que de ſimples menaces ſans aucune voie de fait, pour les induire à ſigner tel acte qu'on veut malgré eux ; & le diſcernement de ces circonſtances & autres ſemblables, dépend de la prudence du juge, & la preuve eſt plus aiſée à obtenir en ce cas, à cauſe de la préſomption que ces ſortes de perſonnes foibles & timides ont pu aiſément être ſurpriſes, notamment s'il paroît que l'acte eſt injuſte en lui même, ou qu'il y ait quelque clauſe extraordinaire & ſuſpecte.

75. 6° C'eſt auſſi un fait dont la preuve eſt recevable, quand on articule qu'un magiſtrat, ou une autre perſonne conſtituée en dignité, a obligé un autre par ſon autorité de ſigner un acte : *Si per injuriam quid fecit populi Romani magiſtratus vel provinciæ præſes, Pomponius ſcribit, hoc edictum locum habere : Si fortè, inquit, mortis aut verborum terrore pecuniam alicui extorſit, l. 3, ff. Quod metûs cauſâ.* Ainſi ce n'eſt pas aſſez d'alléguer que l'on a ſigné l'acte par l'autorité du magiſtrat, il faut outre cela articuler qu'il y a eu de la violence & des menaces de ſa part : *Ad invidiam enim alicui nocere nulla dignitas debet,*

[*] La violence doit être une violence injuſte, *adversùs bonos mores.* L. 3, §. 1, *ff. D. tit.* Les voies de droit ne peuvent jamais paſſer pour une violence de cette eſpece ; c'eſt pourquoi un débiteur ne peut jamais ſe pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec ſon créancier, ſur le ſeul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces que ce créancier lui a faites d'exercer contre lui les contraintes par corps, qu'il avoit droit d'exercer, ni même ſur le prétexte qu'il a fait ce contrat en priſon, lorſque le créancier a eu droit de l'empriſonner.

ajoûte la loi 6, *C. de His quæ vi*; d'où il faut tirer une maxime générale, que l'autorité ſeule de la perſonne qui nous engage à faire une choſe, n'eſt pas un moyen valable pour l'annuller ; par conſéquent, la qualité de Pere ou de Mari, (s'il n'y a eu des menaces ou voies de fait) ne ſuffit pas pour faire caſſer l'acte qui a été ſigné en leur préſence ; par un fils ou par une femme, le reſpect & la déférence qu'ils doivent l'un & l'autre à leur autorité, à leur prudence, & à leur affection, ſont regardés comme de juſtes motifs de la ſoumiſſion qu'ils ont eue pour eux, & on ne préſume jamais qu'ils aient fait violence à leur volonté : ainſi cette régle, *Velle non creditur, qui obſequitur imperio patris vel domini*, n'a pas lieu parmi nous, comme en droit Romain, parce que la puiſſance paternelle n'y eſt pas reçue telle qu'elle avoit lieu à Rome, non plus que la ſervitude qui eſt abolie en France ; & le fils, qui obéit à ſon pere, en une choſe qu'il n'auroit pas faite, ſi ſon pere ne lui eut ordonné de la faire, ou le ſerviteur qui exécute ce que ſon maître lui ordonne, ſont préſumés leur obéir volontairement & librement, quand ils n'y ont point été contraints par menaces & voies de fait, ſuivant l'explication que donne Bronchorſt de cette régle, dans l'eſpece du mariage d'un fils dont il eſt parlé en la loi *Si pater*, 22 *ff. de Ritu nupt.* [*]

76. Il eſt encore conſtant qu'il ſuffit d'alléguer que, quoiqu'on n'ait uſé contre nous d'aucunes menaces, ni voies de fait, néanmoins on a été intimidé par celles dont on a uſé envers les perſonnes qui nous touchent par les liens du ſang & de la nature : ainſi un pere, pour ſauver la vie à ſon fils, ou les mauvais traitemens dont il eſt menacé, eſt préſumé avoir ſigné par force l'acte qu'on a voulu, *Cùm parentes in liberis magis terreantur*, dit la loi ; il en eſt de même d'un mari à l'égard de ſa femme.

77. Mais on pourroit demander ſi cela doit avoir lieu auſſi entre amis, ſi l'un d'eux eſt menacé ou maltraité, & que l'autre, pour le tirer d'affaire, ſoit forcé de ſigner une promeſſe au profit de ceux qui ont maltraité ſon

[*] Voyez Duaren, *ad h. T.* & Wiſſenbech, p. 1, diſp. 13, th. 13.

ami, parce qu'il eſt certain que l'amitié eſt quelquefois ſi forte, qu'un ami donneroit même ſa vie pour ſon ami; en ſorte qu'il y a lieu de préſumer en ce cas, qu'il a été forcé de ſigner. Mais comme cette amitié eſt très-rare, & que la loi n'a parlé que dans le cas d'un pere à l'égard de ſes enfans, il ſeroit dangereux d'en étendre la diſpoſition, ſi ce n'eſt que cette amitié fût juſtifiée par des preuves publiques & inconteſtables; ce qui doit être laiſſé à la prudence du juge.

78. De tout ce qui vient d'être dit, il faut conclure que ſi l'acte eſt paſſé par un majeur devant un notaire & des témoins, & en plein jour, quoique l'acte renferme des clauſes injuſtes, le juge ne doit pas admettre la preuve de la violence, parce que la préſomption eſt entiérement au contraire, ſuivant la loi 23, *ff. Quod metûs cauſâ.*

79. A quoi il faut ajoûter que, quand une fois la preuve a été faite, qu'il y a eu de la violence & de la crainte, on ne doit pas recevoir l'autre partie à prouver, au contraire, que l'acte a été paſſé librement, parce que la preuve que la volonté a été libre, n'eſt preſque pas poſſible, outre que quand on reçoit les parties à faire de telles preuves, cette permiſſion eſt reſpective.

80. C'eſt par cette raiſon que, quoique le Notaire ait exprimé dans un contrat, qu'il a été paſſé librement & volontairement, ſans force ni contrainte; néanmoins cette expreſſion n'eſt pas une fin de non-recevoir contre celui qui articule le fait de force & de violence, parce que cette crainte peut être inconnue au notaire, & que celui qui craint, ſoit parce qu'on l'a maltraité avant la paſſation du contrat, ou qu'on l'en a menacé, n'oſe le découvrir devant le notaire, par la même raiſon. Auſſi n'a-t-il pas même beſoin d'inſcription de faux contre cette énonciation du contrat pour ſe faire reſtituer, ainſi que remarque le Grand, ſur l'article 97 de la coutume de Troyes, ſuivant la loi *Si chirographum* 24, *de Probat.* [*]

Il en eſt de même de l'expreſſion du notaire dans un teſtament, *que le teſtateur étoit ſain & libre d'entendement*; car cette expreſſion n'empêche pas la preuve du contraire,

[*] Ce qui eſt dit ici, ſemble contredire ce qu'on lit plus haut, au n. 78; auſſi l'un doit-il être modifié par l'autre.

comme il ſera expliqué plus au long ci-après dans le chapitre des Teſtamens.

81. Il ne reſte plus à parler que de l'ignorance de droit ou de fait, dont Boiceau dit un mot à la fin de ce Chapitre ; & il décide que ſi l'erreur de fait eſt probable, & qu'un homme prudent ait pu y être trompé, il n'y a point de doute que l'on ne puiſſe donner atteinte à l'acte qu'il a paſſé, lequel n'a pour fondement que cette erreur de fait [*], & que la preuve par témoins ne ſoit admiſe, particuliérement s'il y a du dol de la part d'un des contractans.

82. Et quant à l'erreur de droit, cette erreur, dit-il, n'eſt excuſable que dans un mineur, & à l'égard des perſonnes ruſtiques, des femmes & des ſoldats. Mais cette déciſion générale ne ſuffit pas pour décider tous les doutes qui peuvent naître ſur ce ſujet ; il faut l'étendre davantage.

83. Premierement, à l'égard de l'ignorance de fait, il faut diſtinguer le fait propre & le fait étranger : perſonne n'eſt préſumé ignorer, ou ne ſe pas ſouvenir de ſon propre fait ; & l'ignorance n'étant pas tolérable en ce cas, la preuve par témoins n'eſt pas recevable contre un acte paſſé par un majeur, qui articuleroit qu'il ne l'a paſſé que parce qu'il ne s'eſt pas ſouvenu de ce qu'il avoit fait auparavant : ainſi celui qui auroit mis pour terme de payement dans une obligation, l'événement d'une certaine condition, ſi, faute de s'en ſouvenir, & croyant l'obligation pure & ſimple, il a fait un tranſport de la ſomme qui y eſt contenue, comme actuellement exigible, il n'eſt pas reſtituable contre ce tranſport, ſous ce prétexte, quoique fondé ſur une erreur de fait, parce que c'eſt ſon fait propre, qu'il a dû ſçavoir.

Mais s'il s'agit du fait d'un autre, la préſomption eſt qu'il l'a ignoré : ainſi cette ignorance eſt tolérable ; & la preuve par témoins eſt admiſſible. Par exemple, quand

[*] L'erreur eſt le plus grand vice des conventions ; car les conventions ſont formées par le conſentement des parties ; & il ne peut y avoir de conſentement, lorſque les parties ont erré ſur l'objet de leur convention. *Non videntur qui errant conſentire*, L. 116, §. 2, *de Reg. juris* ; L. 57, *de Obligat. & Act.* Ainſi l'erreur de fait annulle les conventions. Voyez le chap. 6 de la IIe partie, & les additions, n. 3 & ſuiv.

l'héritier paye le créancier du défunt, parce qu'il ignore que le défunt l'avoit payé avant sa mort, il est restituable ; & quoiqu'il ne rapporte pas la quittance de ce créancier, il peut prouver par témoins le payement [*], pourvu qu'il paroisse manifestement qu'il ignoroit que ce créancier eût été payé ; & s'il rapporte la preuve qu'il a été payé, la conviction a lieu de plein droit.

In alieni facti ignorantia, tolerabilis error est, ff. l. 2, de Jur. & fac. Ign.

84. 2° Néanmoins, en ce cas, la preuve n'est pas toujours admissible ; par exemple, lorsqu'il y a une présomption évidente que la personne qui allégue qu'elle a ignoré le fait d'autrui, n'a pu l'ignorer, comme s'il s'agit du fait d'un associé, d'un cohéritier, ou d'un co-obligé.

85. 3° Si l'erreur de fait n'est pas la cause unique qui ait donné lieu à la convention, & qu'elle ait pu avoir un autre fondement, la preuve par témoins n'est pas admissible. Par exemple, celui qui achete des droits successifs ou des droits litigieux, ne peut alléguer qu'il a ignoré le véritable état des choses, qui n'a paru que dans la suite, parce que nonobstant cette ignorance de fait, il n'a pas laissé de vouloir acquérir ses droits au hazard, & dans l'espérance d'y gagner : *Prudens emit rem vitiosam ;* ainsi la restitution n'a pas lieu en ce cas.

86. 4° Il en est de même, si l'erreur de fait n'est pas de conséquence, ou s'il n'y a point de dol, ni de simulation de la part de celui qui veut se servir de l'acte, ou même si l'erreur est si grossiere, qu'il soit manifeste que celui qui s'en plaint, n'a pas voulu s'en éclaircir. Par exemple, si l'héritier a volontairement mis le donataire en possession de la terre qui lui a été donnée par celui dont il est héritier, qu'il l'en ait laissé jouir pendant dix ans, entre présens, sans prendre la peine de s'informer si cette donation étoit insinuée, ce qu'il auroit pu faire aisément ; car en ce cas il est présumé avoir voulu exécuter la volonté du défunt, nonobstant le défaut d'insinuation de cette do-

[*] Il peut prouver par témoins le payement fait par le défunt, & non celui qu'il auroit fait lui héritier. La raison en est bien simple : il pouvoit tirer une quittance, lorsqu'il a payé ; & s'il ne l'a pas fait, il doit l'imputer à sa négligence. Au contraire, pour le payement fait par le défunt, comme il pourroit se faire qu'il y ait eu une quittance, & qu'elle se soit égarée, il doit être reçu à la preuve par témoins.

nation ; & la preuve qu'il a ignoré que cette donation n'étoit pas insinuée, ne seroit pas recevable.

In omni parte error in jure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, l. 2, ff. de jur. & facti ign.

87. A l'égard de l'ignorance de droit, elle n'est pas si favorablement écoutée que l'erreur de fait ; néanmoins parce que ceux qui sont dans l'erreur de leurs droits, ne sont pas présumés donner un véritable consentement, il y a des cas où cette erreur ne leur est point imputée, & d'autres où elle est imputée sans distinction à toute sorte de personnes : ainsi nul ne peut s'excuser qu'il ignoroit les principes du droit naturel, non pas même un mineur & un majeur grossier & sans éducation. Chacun est tenu aussi de sçavoir les loix, les ordonnances, & les coutumes de son pays : *Constitutionem principum nec ignorare quemquam, vel dissimulare permittimus, l. 2 C. de Jur. & Fac. in l. ult. Cod. ibid.* Les femmes sont néanmoins exceptées en certains cas que la loi a marqués ; & l'erreur de droit ne peut être aussi objectée aux majeurs, quand cette erreur a été l'unique fondement de l'acte par lequel ils ont perdu un bien qui leur étoit acquis.

Nec in eâ re rusticitati venia præbeatur, cùm naturali ratione, honor hujusmodi personis debeatur, l. 2, C. de in jus Voc.

Cæterùm omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet, l. 8, eod T.

88. Mais parce que cette matiere est nettement expliquée dans les deux T. du ff. & du Code, qui viennent d'être cités [*], il suffira d'observer que, dans les cas où la loi excuse l'ignorance & l'erreur de fait ou de droit, la preuve se doit faire par celui qui soutient qu'il n'y a eu ni ignorance de fait ni de droit ; & dans les autres cas où la loi ne les présume point, ou ne les excuse point ; c'est à celui qui les allégue à en faire la preuve.

89. Il y a encore une question qui peut faire difficulté au sujet des contrats, quand les termes d'une clause sont ambigus & équivoques ; sçavoir si la preuve par témoins

[*] *Videntur autem juris autores eam quæstionem hâc brevi regulâ definivisse* : Ignorantia facti nemini nocet, sed prodest tàm in damnis quàm in lucris ; *dummodò non sit supina & intolerabilis.* Juris verò nocet in lucris, *hoc est*, acquirere volentibus ; in damnis autem, sive suum petentibus, sive persequentibus non nocet.

Minoribus *tamen ignorantia juris remittitur, l. Cùm ignorantia 2 ; & l. Quàmvis* 11, *Cod. hoc tit.* Militibus, l. *Regula* 9, §. *Si filiusfamil.* hoc tit.

Aliquando etiam rusticis, *ubi scilicet jurisconsultorum copia non suppetit*, d. l. 9, §. Sed juris, 3.

Denique mulieribus *etiam quibusdam casibus. L. Divus*, §. *Pen. ad l. Cornel. de falsis*, *l. Ex quibusdam*, §. *Cùm plura ult. de Jure fisci.*

Cæterùm leges naturæ quæ omnibus notæ sunt, nemini ignorare licet. Colombet, Paratitl. dig. lib. 22, tit. 6.

eſt reçue en ce cas, à l'effet de prouver quelle a été l'intention des contractans.

90. La régle de droit en général, eſt que c'eſt à celui qui s'eſt ſervi de termes obſcurs, à les interpréter : *In ambiguis orationibus maximè ſententia ſpectanda eſt ejus qui eas protuliſſet, ff. de Reg. jur.* Mais cette régle doit être entendue avec diſtinction. Elle a lieu à l'égard des loix, des jugemens, & des teſtamens, comme dit Bronchorſt ſur cette régle ; c'eſt au légiſlateur à interpréter la loi qu'il a faite, (& la grace qu'il a accordée, dit Decius ſur cette même régle ;) c'eſt au juge à expliquer le ſens du jugement qu'il a rendu ; & à l'égard des teſtamens, la loi veut qu'on eſſaie de pénétrer quelle a été la volonté du teſtateur.

91. Mais il n'en eſt pas de même à l'égard des contrats ; car on interprete la clauſe ambiguë contre celui qui s'en eſt ſervi, parce que c'eſt ſa faute s'il ne s'eſt pas mieux expliqué, puiſqu'il n'a tenu qu'à lui. *Cum veteribus, ff. de Pactis.*

92. Bronchorſt, *ibid.* ajoûte que s'il s'agit d'une demande en juſtice, qui ſoit ambiguë & équivoque, c'eſt au demandeur à interpréter ſa demande, & non pas au défendeur, parce que ſi l'on donnoit cette liberté au défendeur, il ne pourroit jamais perdre ſa cauſe, parce qu'il ne conviendroit jamais de l'interprétation du demandeur ; ce qui néanmoins ne doit s'entendre tout au plus que dans le cas d'une alternative, dont l'une exclut l'autre, telle qu'eſt l'eſpece de la loi en laquelle il s'agiſſoit du choix de deux eſclaves, ou au cas que, par les circonſtances de la procédure, il parût que l'interprétation du demandeur fût la plus vraiſemblable ; mais s'il ne s'agit que du plus ou du moins, alors on juge toujours à la décharge du défendeur, parce qu'il n'a tenu qu'au demandeur d'expliquer ſes intérêts plus au long, & que le juge qui ne peut condamner le défendeur au-delà de ce qui lui a été demandé, doit toujours favoriſer ce qui va à ſa libération. *Si ſervum ſtipulatus, de alio ſentiam ; tu de alio, nihil actum erit quod & in judiciis Ariſto exiſtimavit, ſed hic magis eſt, ut is petitus videatur de quo actor ſenſerit ; nam ſtipulatio ex utriuſque conſenſu valet, judicium autem etiam in invitum redditur, & ideò potiùs actori credendum eſt : alioquin ſemper reus negabit ſe conſenſiſſe.*

93. A l'égard des clauſes ambiguës des contrats, quand on ne peut y appliquer la régle générale ci-deſſus citée, il peut y avoir des circonſtances de faits qui peuvent faire admettre la preuve par témoins, pour ſçavoir quelle a été la volonté des contractans, Baſſet, Tom. I, l. 2, tit. 28, ch. 28,

rapporte des arrêts qui ont admis cette preuve par témoins en ce cas ; mais ces arrêts ne doivent point faire de maxime générale sur cette matiere, qui se doit décider à l'arbitrage du juge, suivant les circonstances.

94. Ce qui est de certain, est que, s'agissant de la preuve de la volonté, qui de sa nature est impénétrable, & la preuve par témoins étant suspecte, le juge ne doit l'accorder que quand le fait en question ne peut être éclairci par aucune autre voie ; & avant de la permettre, il doit examiner si la loi, dans cette occasion, ne lui a point donné d'autres expédiens pour se déterminer [*].

L. 34, ff. de Reg. jur. l. 67, L. 168, ibid. L. 114, ibid. L. 134, §. 1, de verb. Obl. L. 47, ff. de Obl. & Act. ou autres semblables.

95. Quant à ce qui s'observe dans les pays étrangers, touchant la preuve de la simulation des contrats, il a déja été remarqué ci-dessus, ch. 5, qu'à Naples, quand le contrat de mariage est passé en bonne forme, il n'est pas permis d'articuler qu'il est simulé & frauduleux, ni de le prouver par témoins.

96. Mais il n'en est pas de même par-tout ailleurs. Anselmo, *loco citato*, §. 22, dit que la preuve par témoins est admise en Flandres, quand on soutient que le contrat est simulé ou faux, parce que, dit-il, l'édit perpétuel n'a point dérogé en ce cas au droit commun, ni corrigé le titre du Code Justinien, *Plus valere*, &c. ce qu'il confirme par l'autorité de Charondas & de M. d'Argentré, qui a été ci-dessus rapportée.

97. Joan. Romelius, sur le même édit, est de même avis, & ajoûte l'autorité de Maynard, l. 6, qu. 79, & d'Automne au Code sur ce tit. *Plus valere*, dont il vient d'être parlé.

Petrus Stockman, *Dec. Brabant.* cite aussi nos docteurs François dans une espece où il s'agissoit d'un contrat frauduleux ; & à la fin il rapporte un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 3 Juillet 1653, qui permit cette preuve en ce cas, nonobstant l'art. 19 de l'édit perpétuel.

[*] Toute preuve testimoniale étant interdite, outre le contenu d'un acte, une partie ne seroit pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ni même les Notaires qui l'ont reçu pour expliquer ce qui y est contenu, & déposer de ce dont on est convenu lors de sa confection. Domat, part. 1, l. 3, t. 6, sect. 2, n. 7.

Un arrêt de la chambre de l'Edit a ordonné l'exécution du testament du marquis de Pousse, nonobstant la déclaration du notaire & des témoins, contraire à ce que contenoit le testament.

Quant

Quant à la province d'Artois, qui a fait autrefois partie des Pays bas, l'ordonnance de Moulins n'y ayant point été vérifiée ni obſervée, on y avoit ſuivi la diſpoſition du droit civil, qui reçoit la preuve par témoins en cas de fraude. L'ordonnance de 1667, qui n'a été vérifiée en cette province, qu'en l'année 1687, n'a rien changé en cette juriſprudence, parce qu'elle n'a point parlé, non plus que l'ordonnance de Moulins, de ce qui concerne la fraude.

98. Carpanus, ſur le Statut 88 de Milan, qui défend la preuve par témoins des payemens, dit auſſi que la ſimulation d'un contrat ſe peut prouver par deux témoins, & cite Paul de Caſtres, l. *Teſtium*, *n.* 7 & 8, *C. de Teſtib.* Felyn, *cap. Si cautio*, *col.* 12, *n.* 7; Jaſon, *in l. Cùm ex. n.* 3, *C. de Tranſact.* & M. Tiraqueau, *de Retract. l.* 19, §. 1, *gloſſ.* 14, *n.* 57.

99. Alvarus Valaſcus, conſeiller au parlement de Lisbonne, & profeſſeur de droit civil en l'univerſité de Conimbre en Portugal, dans ſa Conſult. 54, explique fort exactement ce que c'eſt qu'un contrat ſimulé, & rapporte entr'autres choſes, la diſtinction de Bartole, ſur la loi *Lucius*, *C. Plus valere*, qui dit que l'exception que l'on tire de la ſimulation contre la validité d'un contrat, n'a effet qu'en deux cas; ſçavoir, quand on prouve que les parties n'ont eu aucun deſſein de contracter enſemble, ni de conclure aucune affaire entr'eux, en paſſant cet acte ſimulé, ou quand il eſt prouvé que ſous l'apparence d'un contrat ſérieux & licite, les parties ont eu un deſſein tacite de faire une choſe qui ne pouvoit être valable, ou même qui étoit illicite. Autre choſe eſt, s'ils ont voulu faire véritablement une choſe qu'ils pouvoient faire, quoiqu'ils ſe ſoient ſervi, pour cela, des termes & de la forme d'un contrat; laquelle diſtinction eſt ſuivie de tous les docteurs, entr'autres, d'Alexandre, Conſ. 198, n. 10, liv. 7, à quoi Valaſcus ajoûte qu'il faut dire encore que cette diſtinction a lieu quand le contrat ſimulé, quoique licite, eſt néanmoins fait au préjudice du fiſc ou d'un tiers, ainſi qu'il eſt porté, dit-il, dans les ordonnances du royaume de Portugal, l. 4, tit. 16.

Docet Bartolus quòd exceptio ſimulationis tunc demùm obſtat, quandò in veritate nihil partes agere voluerunt, vel quandò tacitè agitur inter partes aliquid invalidum vel turpe, ſicut ſi veritate aliquid agebatur, licèt caderet in ſpeciem alterius obligationis; quià tunc in illâ ſpecie, quod poteſt valere, ſubſiſtit.

100. Et il décide enfin que la ſimulation ſe peut prouver

par témoins, nonobſtant la loi *Generaliter*, *C. de non num. Pec.* & nonobſtant l'ordonnance préciſe du royaume de Portugal, T. 45, §. 10, qui défend la preuve par témoins contre les actes par écrit, quelque modique que ſoit la ſomme dont il s'agit; ce qu'il confirme par l'autorité de Balde, *in l. Multis, C. Si quis alteri vel ſibi*, & de Mathæus, *de Afflictis*.

101. Mais il faut, dit-il, des préſomptions véhémentes de ſimulation pour décider qu'un contrat eſt ſimulé; & ce n'eſt pas même aſſez de prouver qu'il y a de la ſimulation, ſi on ne prouve encore en particulier la cauſe & le motif qui y ont donné lieu, ſuivant le ſentiment d'Alciat, de Bartole, *conſil.* 63, *n.* 3; de Rebuffe, T. 9, *de Teſt.* & de Tiraqueau, 1, Retract. §. 1, gl. 14, n. 59.

102. Enfin il obſerve que la loi de ce royaume impoſe une griéve peine, en ce cas, à ceux qui ont fait des contrats ſimulés, s'ils ne le déclarent eux-mêmes avant que le procès ſoit intenté, & conclut que c'eſt même un péché de faire des contrats ſimulés; ce qu'il prouve par l'autorité de Lucas de Penna, *in l. Procuratores Cod. de Metallariis*, & de Mathæus, *de Afflictis*, déciſ. 71.

103. Maſcardus, dans ſon Traité *de Probat. concl.* 435, ſoutient, ſuivant l'opinion des docteurs, que l'on peut prouver par deux ou trois témoins une convention qui n'a point été rédigée par écrit, même quoique la loi municipale décide que la preuve ne s'en pourra faire que par un acte public & authentique. Car, dit-il, ſi cette convention a été faite devant des témoins, & que les parties contractantes aient juré & promis avec ſerment de l'exécuter, on pourra prouver indirectement cette convention par témoins, en prouvant par leur dépoſition le ſerment qui eſt intervenu entre les parties devant le juge eccléſiaſtique, ſuivant l'avis de *Joan. de Imola*, & de *Felinus*; car enſuite le ſerment étant prouvé par les témoins, le juge d'égliſe obligera les parties d'exécuter ce qu'elles ont promis par ſerment; & cet expédient, dit-il, a été inventé par Hypolitus de Marſiſeliis, *in Rub. C. de Probat. n.* 57 [*].

104. Par cette même raiſon, continue Maſcardus, le

[*] Voyez, page 42, la fin de la note.

même Hypolitus a décidé que l'on pouvoit prouver par témoins que les parties ſont convenues verbalement de paſſer un certain acte par écrit.

Mais toutes ces ſubtilités dont on ſe ſert dans les pays étrangers pour éluder la diſpoſition de la loi, ne doivent jamais être permiſes ; & il y a lieu même de s'étonner que l'on ſe ſerve en cette occaſion du miniſtere du juge eccléſiaſtique, pour contrevenir aux ordonnances du prince & aux loix municipales.

105. Auguſtinus Beroüs, queſtion 50, décide encore que le ſtatut, qui défend la preuve par témoins au-deſſus de cent livres, n'a point lieu au préjudice des eccléſiaſtiques, & cite Paul de Caſtres, & Decius : Parce que, dit-il, *probatio deciſionem cauſæ reſpicit, cùm ab eâ victoria dependeat ;* & il ajoûte que c'eſt l'opinion de tous les docteurs : *Et hæc eſt communis ſententia, à quâ neminem receſſiſſe reperio.* Quand même, dit-il, le ſtatut municipal auroit été confirmé par le pape, avec la clauſe générale, *ex certâ ſcientiâ ;* car il n'eſt pas préſumé avoir compris les eccléſiaſtiques, en ne les déſignant pas expreſſément ; ce qui eſt fondé ſur ce que dans les pays de l'obéiſſance du pape, on eſt encore prévenu de la maxime reçue en droit, que l'on ne doit pas reſteindre les preuves, mais les étendre ; & Beroüs, *ibidem*, paſſe même juſqu'à dire que décider autrement, c'eſt contrevenir au droit divin, au droit naturel, & au droit canon ; tant il eſt aiſé de tomber dans l'erreur, quand on s'eſt une fois écarté de la diſpoſition des loix.

Nec-non ſieret contrà diſpoſitionem juris divini, naturalis & poſitivi, quæ eſt quòd in ore duorum vel trium teſtium ſtet omne verbum.

CHAPITRE VIII.

Des Contrats nuls en la forme.

SOMMAIRE.

1. *Si la preuve par témoins eſt admiſſible dans un contrat nul en la forme.*
2. *Eſpece d'un contrat de vente, paſſé par des notaires hors leur reſſort.*
3. *Autre eſpece au ſujet d'un teſtament.*
4. *Si le teſtament étant nul, les légataires ſont reçus à prouver par témoins la volonté du défunt. Raiſons & objections.*
5. *Doute de Boiceau, ſi l'ordonnance de Moulins doit être étendue aux teſtamens.*

1. QUE dirons-nous des contrats, leſquels étant nuls par quelque défaut de formalité, & qui, à cauſe de ce défaut ne faiſant aucune foi en juſtice, ne laiſſent pas de contenir une numération réelle d'une ſomme qui a été effectivement comptée lorſqu'ils ont été paſſés, ſi cette numération eſt déniée enſuite frauduleuſement par celui qui a reçu la ſomme, ſur ce qu'il prévoit que ce contrat étant nul de ſoi, ne pourra faire aucune preuve en juſtice contre lui, & que d'un autre côté, à cauſe de la prohibition de l'ordonnance de Moulins, la preuve par témoins ne ſera pas reçue contre un acte par écrit.

---

1. QUID autem in contractibus formæ nullitate laborantibus, & propter defectum formæ, vel ſolemnitatis, fidem non facientibus? In quibus tamen contrahendis, numeratio realis facta eſt, ſed quæ poſteà denegata eſt dolosè, per eum qui recipit, prævidentem forſitàn unâ ex parte, quòd contractui ſcripto nulla fides daretur, & alterâ, quòd probatio teſtibus non admitteretur, obſtante hâc lege.

2. Poſons pour exemple une eſpece qui m'a été depuis peu propoſée : Caïus & ſa femme ont vendu à Sempronius un fief qui appartenoit en propre à cette femme ; le contrat a été paſſé par deux notaires qui n'étoient pas ceux du domicile des parties, leſquels s'étant trouvés fortuitement dans la maiſon du mari & de la femme, & hors de leur territoire, n'ont pas laiſſé de rédiger par écrit le contrat de vente, & de recevoir le conſentement de la femme ; & l'argent ayant été auſſi compté & délivré dans la même maiſon : néanmoins, parce que cette maiſon dans laquelle le contrat ſe paſſoit, n'étoit pas ſituée dans le reſſort de la juſtice où ces notaires avoient droit d'inſtrumenter ; & parce que cette femme, qui étoit malade, n'avoit pu ſe tranſporter chez eux, ces deux notaires, après avoir reçu le conſentement du mari & de la femme, ſe ſont retirés dans leur reſſort, où ils ont ſigné cet acte ; & ils y ont néanmoins fait mention qu'ils avoient reçu le conſentement des parties dans le territoire où demeuroient le mari & la femme, qui n'étoit pas de leur reſſort. Dans ce contrat le mari a ſigné ; la femme, qui ne ſçavoit pas écrire, n'a point ſigné : il eſt certain que ce contrat eſt nul, & ne fait point de foi, parce que par l'article (378) de la coutume de Poitou, & par les ordonnances, les tabellions ne peuvent inſtrumenter hors leur reſſort ; & s'ils le font, on ne leur doit point ajoûter foi. Or eſt-il

---

2. Exemplum ponemus in caſu ſubſequenti, nobis nupèr propoſito. Caïus & ejus uxor vendiderunt quoddam feudum, quod ad uxorem pertinebat, Sempronio : huic venditioni adhibiti ſunt tabelliones externi, qui, cùm in domo mariti & uxoris eſſent, & extrà ſuum territorium, ſcripſerunt tamen inſtrumentum venditionis, & acceperunt conſenſum uxoris, numeratumque fuit eadem in domo pretium, quiâ tamen domus, in quâ fiebat pactio venditionis, erat extrà territorium notariorum, & quoniàm uxor, quæ tunc ægrotabat, in juriſdictionem notariorum migrare non poterat, notarii accepto conſenſu uxoris & viri, ſeceſſerunt in ſuum territorium, & ibi inſtrumento ſubſcripſerunt, narrantes tamen ſe accepiſſe conſenſum à viro & muliere in alienâ juriſdictione commorantibus : huic inſtrumento bene ſubſcripſit maritus, uxor autem litterarum neſcia, non ſubſcripſit. Certiſſimum eſt tale inſtrumentum nullum eſſe, nec probationem facere : quoniàm jure municipali Pictonum, *a* & regiis conſtitutionibus, tabelliones extrà ſuum

Facti ſpecies conſulendo propoſita.

a Art. Conſuet. 378, *de Notar.*

que ces deux notaires & juges chartulaires n'ont pas seulement abusé de leur ministere, en contrevenant à l'ordonnance ; mais ils ont même commis une fausseté, en affirmant que cet acte a été passé dans leur ressort, quoiqu'ils aient fait mention eux-mêmes dans le contrat qu'ils ont reçu le consentement des vendeurs dans un territoire qui n'étoit pas de leur ressort ; car c'est dans ce consentement, dans cette numération du prix, & dans le dessaisissement de la chose vendue, faite par le vendeur au profit de l'acquéreur, que consiste néanmoins la perfection du contrat de vente. Or il étoit impossible, ou plutôt il étoit faux que ces notaires eussent reçu cet acte dans leur territoire. Par ces raisons, il fut décidé que cette vente étoit nulle, & ne faisoit aucune foi, parce qu'il y avoit défaut dans la forme, & défaut de pouvoir dans les notaires, parce qu'ils avoient passé cet acte dans une autre juridiction que celle où il leur étoit permis d'instrumenter ; & toutefois cela n'empêchoit pas qu'il ne fût vrai que le mari & la femme n'eussent reçu l'argent, & qu'ainsi l'acheteur ne se trouvât privé du prix qu'il avoit payé, & du fonds qu'il avoit acheté ; ce qui étoit injuste : c'est pourquoi on demandoit, attendu que ce contrat de vente ne pouvoit faire aucune foi en justice, si la preuve par témoins pouvoit être reçue en ce cas, nonobstant l'ordonnance, du moins à l'effet que cet acquéreur pût répéter des vendeurs le prix qu'il leur avoit payé ? On répondit à cette question

---

territorium nec judicare, nec instrumenta conficere posse, certi juris est, nullamque fidem eis adhiberi debere : atqui tabelliones isti, & judices chartularii, in legem municipalem constitutionesque regias facientes, nedùm officio abusi sunt, sed & falsum commiserunt, asserentes instrumentum in territorio suo factum fuisse, cùm tamen consensum venditorum in alieno territorio se recepisse referant : nam consensus ille, cum pretii numeratione, & rei cessione, quæ in alieno territorio facta fuerant, perficiebat contractum venditionis : ergò impossibile seu falsum fuit in notariorum territorio celebratum fuisse hujusmodi contractum. His rationibus, concluſum fuit instrumentum omninò nullum, & nullius probationis fuisse, defectu formæ, solemnitatis, & jurisdictionis : *a* Et tamen, verum erat pecuniam penès virum & uxorem esse, atque ideò emptorem re & pretio carere, quod iniquum erat. *b* Idcircò quærebatur, cùm instrumenti probatio nulla esset, numquid testibus contractus

a Vulgat. l. Extra territorium, de jurisd. omn. Judic.

b L. Emptorem §. fin. versic. Neque enim bonæ fidei, ff. de Act. emp.

qu'y ayant du dol de la part des vendeurs, qui retenoient cet argent indûement, que l'acquereur pouvoit intenter contre eux l'action de condiction, comme leur ayant payé une ſomme qu'il ne leur devoit pas, non pas, à la vérité, en vertu de ce contrat nul, mais en expoſant au juge la vérité du fait dans une requête; ſçavoir que les vendeurs avoient extorqué de lui par fraude, (& ſous prétexte de lui paſſer un contrat de vente,) le prix du fonds en queſtion, lequel prix ils retenoient indûement & ſans cauſe, (puiſqu'ils ſoutenoient ne l'avoir point vendu,) & qu'ainſi il pouvoit conclure à ce qu'ils fuſſent tenus lui reſtituer cette ſomme, ſi mieux n'aimoient le mari & la femme, lui paſſer un contrat de vente de ce fond en bonne forme, & qu'à cet effet, il ſeroit permis de prouver par témoins la numeration par lui faite de cette ſomme, & qu'ils la retenoient indûement, & ce, nonobſtant cette ordonnance, laquelle ne doit point avoir lieu à l'égard des fraudes qui ſe peuvent commetre dans les différentes conventions des hommes; de crainte qu'une ordonnance qui n'a été faite que pour le bien de la juſtice, ne devînt une occaſion de commettre l'injuſtice, & qu'elle ne ſervît de prétexte à enrichir l'un, de la perte de l'autre.

3. On m'a propoſé encore une autre eſpece au ſujet du teſtament d'une femme qui, étant malade dans le lieu

---

probari poſſet, non obſtante hâc lege Molinæâ, ſaltem ad condicendam pecuniam? Huic quæſtioni reſponſum fuit, cùm de dolo venditorum, pecuniam indebitè retinentium, conſtet, condictione indebiti, aut ſinè causâ emptorem experiri poſſe: *a* non quidem virtute contractûs ſcripti, ſed propoſitâ actione juxtà facti ſeriem, exponendo judici, venditores illos dolosè pecuniam ab emptore, ſub ſpecie futuræ venditionis, extorſiſſe, eamque pecuniam indebitè & ſinè cauſâ penès eos eſſe, ideòque ad condictionem & reſtitutionem concludi poſſe, ſi non maluerint vir & uxor authenticam venditionem celebrare: atque pro hâc conditione, pecuniæ numerationem, ejuſdemque indebitam retentionem teſtibus probare, non obſtante hâc noſtrâ conſtitutione: quæ ad caſus doloſos & fraudulentos, extrà pacta & conventiones, vel in ipſis pactionibus hominum ſupervenientes, extendi non debet, ne hinc injuria naſcatur, unde jus oriri debet, *b* neve locupletandi occaſio cum alienâ jacturâ inducatur. *c*

a *Toto Tit. de Condict. indeb. & Tit. de Condict. ſinè cauſ.*

b *L. Meminerint, C. Unde vi.*

c *L. Nam hoc natura, ff. de Condict. ind. l. ult. C. de Reb. cred.*

3. Aliud exemplum mihi propoſitum fuit de teſtamento cujuſdam

de ſon domicile, envoya chercher deux notaires de la juſtice voiſine pour le recevoir. Ces notaires ayant entendu quelle étoit ſa derniere volonté, écrivirent ce teſtament, & lui en firent lecture, & reçurent ſon conſentement, qu'elle leur donna verbalement; enſuite ils ſe retirerent dans leur reſſort, qui n'étoit ſéparé de celui du lieu où demeuroit la teſtatrice, que par un petit ruiſſeau, & là ils ſouſcrivirent le teſtament. Qui eſt-ce qui ne voit que ce teſtament eſt nul, ſuivant la diſpoſition de la coutume (de Poitou?) par laquelle il eſt défendu aux notaires d'inſtrumenter, même de recevoir un teſtament hors leur reſſort, quoique les teſtamens ſoient favorables; car cela a été jugé ainſi depuis peu par arrêt du parlement, touchant un teſtament, conformément auquel arrêt les juges de notre préſidial ont jugé la même choſe dans un certain procès qui étoit au rapport de Me Claude Brochard, fils aîné de notre lieutenant général.

4. Mais on a demandé ſi la teſtatrice, étant décédée ſans faire aucun autre teſtament que celui dont il vient d'être parlé, les légataires, dont les noms étoient écrits dans ce teſtament, pouvoient demander à prouver par témoins, que la teſtatrice leur avoit légué les choſes qui y étoient contenues? Pour moi, j'en ai fait beaucoup de difficulté, eſtimant que cela étoit contraire au motif de

---

mulieris, quæ in ſuâ juriſdictione ægrotans, aſcivit duos proximæ juriſdictionis notarios, ad condendum teſtamentum. Notarii enim, voluntate mulieris auditâ, teſtamentum ſcripſerunt, & teſtanti perlegerunt, ac conſenſum illius verbaliter acceperunt: deindè in territorium ſuæ juriſdictionis ſeceſſerunt, quod parvo tantùm flumine intermedio diviſum erat à juriſdictione teſtantis, & ibi teſtamento ſubſcripſerunt. Quis non videt teſtamentum illud nullum eſſe, repugnante legis municipalis authoritate? Quâ notariis prohibetur, in alieno territorio judicare, etiam pro teſtamentis, licèt ſit eorum facultas favorabilis; *a* ſupremi enim ſenatûs arreſto in quoddam teſtamentum ità judicatum fuit. Quod arreſtum ſequuti ſunt nupèr hujus præſidialis ſenatuli judices, in quâdam lite, eleganter enarratâ per Claudium Brochardum, propræſidis noſtri primogenitum.

a Auth. de Nupt. §. Diſpon. coll. 4; & l. 1, C. de ſacroſ. Eccleſ.

4. Sed quæſitum fuit, cùm teſtatrix ſine aliâ teſtamenti factione obierit, numquid donatarii, vel legatarii in hujuſmodi teſtamento ſcripti, ea quæ in teſtamento comprehenſa erant, teſtibus probare poſſent? l'ordon-

l'ordonnance, de crainte que ce ne fût un moyen de retomber dans l'inconvénient de la multiplicité des procès & de la ſubornation des témoins, que l'ordonnance de Moulins a voulu prévenir par ſa diſpoſition. Et les légataires ne peuvent pas dire que, ſi ce teſtament ne pouvoit pas être regardé comme un teſtament ſolemnel, du moins il pouvoit être regardé comme un teſtament noncupatif, parce que l'on peut répondre à cet argument, ſuivant la régle commune de droit, que, quand nous ne voulons pas ce que nous pouvons, ou que nous voulons ce que nous ne pouvons pas, ni l'un ni l'autre ne ſubſiſtent. Or la teſtatrice avoit deſſein de faire un teſtament ſolemnel devant un notaire; mais elle n'a pu teſter en la forme qu'elle avoit choiſie, puiſque les notaires devant leſquels ce teſtament étoit paſſé n'étoient pas dans leur reſſort; & elle n'avoit pas voulu faire un teſtament noncupatif, quoique peut-être elle eût pu en faire un, ſi elle l'eût voulu, ſuivant néanmoins la diſtinction dont il ſera parlé ci-après au Chapitre qui traite des dernieres volontés. C'eſt pourquoi, ayant voulu ce qu'elle ne pouvoit pas, & ayant pu ce qu'elle ne vouloit pas, il me ſembloit que ce teſtament étoit abſolument nul, pour les raiſons ſuſdites.

5. Néanmoins comme cette théorie, touchant l'obſervation de l'ordonnance de Moulins, regarde plutôt les

---

Ego multùm dubitavi, exiſtimans his contrariam Molineæ legis rationem fore, ne ſcilicèt perveniri poſſit ad teſtium ſubornationem, & factorum involutionem, pro quibus abrogata eſt hæc teſtium probatio. Nec videtur obſtare quod dicebant legatarii, teſtamentum illud, ſi non tanquàm ſcriptum, ſaltèm tanquàm nuncupativum recipi debere. Nam huic argumento videtur reſpondi poſſe, ex communi juris civilis ratione: quâ dicitur, cùm id, quod poſſumus, nolumus, vel quod volumus, non poſſumus efficere, neutrum conſiſtere. *a* Volebat enim teſtatrix ſcriptis teſtari, ſed non potuit eâ formâ, quam elegit, ſcilicèt per notarios, juriſdictionem non habentes: teſtari autem nuncupativè non voluit, quod forſitàn poterat, ſecundùm tamen diſtinctionem quam infrà dicemus in articulo ultimarum voluntatem. Ideòque cùm voluerit quod non poterat, & potuerit quod non volebat, videbatur omnem illum actum tanquàm nullum corruiſſe, prædictâ juris ratione.

a *L. Multùm interſt, C. Si quis alt. vel ſib. L. Si genero, C. de Jur. dot. l. Sive emancipatis, C. de Donat.*

5. Verumtamen, cùm hæc theoria magis contractus utrinque obli-

conventions réciproques, que les diſpoſitions de derniere volonté ; j'eſtimerois qu'il faut laiſſer au juge, en ce cas, la liberté d'accorder cette preuve, ou de la refuſer, ſuivant qu'il le jugera, ſelon les perſonnes, la néceſſité des lieux ou du tems, & la qualité des diſpoſitions : Par exemple, s'il s'agit de legs pieux, ou de legs faits par un principe de piété en faveur des parens ou alliés du teſtateur ; car pour ce qui regarde ces ſortes de legs, le droit civil, le droit canon, & la coutume de Poitou. ne requierent pas ſi exactement toutes les ſolemnités néceſſaires dans les teſtamens.

---

gatorios reſpiciat, quàm morientium diſpoſitiones, putarem illud relinquendum eſſe judicantis arbitrio, cujus fuerit animadvertere utrùm hæc teſtium proba io recipi hoc in caſu debeat, idque ſecundùm qualitatem perſonarum, atque etiam ſecundùm temporis, vel loci neceſſitatem, aut diſpoſitionis conditionem : utpotè ſi ſint pia legata, vel nonnihil pietatis aut neceſſitudinis, vel conjunctionis habeant nàm in his, moderari ſolet ſolemnitatum exacta introductio, tàm jure civili, *a* quàm canonico, *b* & municipali. *c*

a *L. Si Stichus, de Leg. 3, l. Quidam, de Leg. 2. L. Quoniam, L. Caſus, C. de Teſtam.*
b *Cap. Nos quidem, ex. de Teſtam.*
c *Art. Conſ. 269, & cap. 70.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE VIII.

SOMMAIRE.

1. *Maxime des docteurs touchant les nullités des ſtipulations & des actes, rapportées par Me Charles du Moulin.*
2. *Autre maxime, qu'un teſtament ſolemnel nul en la forme, doit valoir comme teſtament noncupatif.*
3. *Opinion de Jaſon, réfutée par du Moulin.*
4. *Sentimens de du Moulin ſur les maximes ci-deſſus.*
5. *Diſtinction entre les actes qui tirent leur origine du droit civil & poſitif, & ceux qui ſont fondés ſur le droit des gens.*
6. *Contrats nuls dans la forme, valent comme écriture privée.*
7. *Dans la premiere eſpece rapportée par Boiceau, la preuve par témoins étoit recevable.*

8. *L'ordonnance de Moulins a été depuis étendue aux teſtamens dont il eſt parlé dans la ſeconde eſpece.*
9. *Si, quand le teſtament eſt nul, les legs pieux en ſont dûs; & ſi le teſtament nul peut ſervir de commencement de preuve par écrit de la volonté du teſtateur.*
10. *Le teſtament du pere entre enfans, quoique nul en ſa forme, ſubſiſte à certaines conditions.*
11. *Arrêts qui ont adjugé portion des legs compris en des teſtamens nuls.*
12. *Si ce qui eſt énoncé dans un acte nul, peut faire quelque commencement de preuve.*
13. *Exemple au ſujet d'un inventaire nul.*
14. *Si une enquête nulle peut ſervir de commencement de preuve par écrit.*
15. *Opinion, qu'elle doit être rejettée; & pourquoi?*
16. *L'ordonnance ne rejette point abſolument la preuve par témoins. Sentimens de Mornac ſur ce ſujet.*

1. LA queſtion que propoſe Boiceau dans ce Chapitre, touchant les contrats nuls dans la forme, n'eſt touchée qu'en paſſant: il n'en rapporte que deux eſpeces; mais il ne ſera pas inutile de rapporter les principes du droit Romain ſur cette matiere, & de faire voir de quelle maniere ils ſe doivent appliquer, ſuivant nos mœurs.

Me Charles du Moulin, dans ſon Traité *de verb. Obl. L. Si quis ità, n.* 20, rapporte la maxime, que, quoiqu'une ſtipulation péche en la forme, pourvu que le conſentement de ceux qui ſtipulent ſoit certain, elle ne laiſſe pas de valoir comme un ſimple pacte, nonobſtant l'opinion contraire de Bartole & de Jaſon. Sur le nombre 34, *ibidem*, il poſe pour maxime générale en toutes ſortes de cas, que quand l'acte n'eſt pas valable en la forme en laquelle il a été conçu, il doit valoir en toute autre maniere en laquelle il peut valoir, pourvu que la volonté des contractans ſoit certaine. La raiſon qu'il donne, eſt que tous les actes, qui ſe paſſent entre les hommes, ſont appuyés ſur deux fondemens, qui ſont la volonté & la capacité descontractans, ſans l'un & l'autre deſquels aucun autre ne peut ſubſiſter.

Quod autem alii poſt Bartolum dicunt, quod ſtipulatio peccans in formâ defectu verborum non valet ut pactum: Hoc magis erroneum & abſurdum eſt quià ex hypotheſi adeſt mutuus conſenſus, & ſic forma & ſubſtantia pacti. Ergo debet ſubſiſtere pactum. Nos unam dumtaxat facimus concluſionem generalem in omni materiâ, quòd ſi actus non valet ut agitur, valeat ut valere poteſt, cor-

2. *Num.* 89. Il approuve la maxime des docteurs qui ont

currente voluntate. Ratio évidens quià omnium actuum humanorum, duo sunt fundamenta, voluntas & potestas, quorum concursu omnia fiunt ut altero deficiente nihil sit.

décidé qu'il ne suffit pas, pour détruire un testament, de prouver qu'il est nul dans la forme: Par exemple, qu'il n'a pas été lu au testateur devant les témoins, parce qu'il suffit, dit-il, que ce testament puisse valoir comme un testament noncupatif. *Illud rectè tradunt doctores non sufficere ad impugnandum testamentum allegare & probare nullitatem formæ testamenti in scriptis, ut quià prima rudis scriptura non fuit lecta coram testibus, quià si possit valere ut testamentum nuncupativum, satis est,* &c.

3. *Num.* 109. Après avoir rapporté le sentiment de Jason, qui soutenoit qu'une donation nulle dans la forme, n'est pas une donation, ni même un simple pacte, & qu'elle est absolument nulle & sans effet; il ajoûte que ce sentiment est absurde, parce que ce qui est valable, n'est point détruit par ce qui ne l'est pas, & qu'il suffit que la volonté du donateur soit certaine, pour que la donation soit valable, nonobstant toutes les loix qu'on oppose au contraire, parce qu'elles n'ont pas introduit les stipulations pour annuller, mais pour confirmer les conventions. *Sed hoc falsum & absurdum tùm quià utile per inutile non debet vitiari, tùm quià si constet de animo donandi, non est præsumpta, sed vera & actualis donatio,* &c. *Ergo utile non vitiatur per inutile, etiam in formâ peccans.*

4. Cependant il est certain, dit le même du Moulin, *num.* 117, que quand le contrat est nul en la forme, toutes les clauses en sont anéanties. *Ut autem constat de contractu nullo, omnes clausulæ constituti,* &c. *annullantur.* Ainsi pour raisonner juste sur cette matiere, & ne se pas tromper dans l'usage des maximes que pose Me Charles du Moulin, il faut distinguer différentes sortes d'actes; ceux qui sont de droit civil & positif, & ceux qui sont originairement de droit naturel.

L. Multum interest, C. Si quis alteri.

5. Les premiers, tels que sont les testamens, doivent être parfaits dans la forme, qui ne se supplée point par équipollence, ni en quelque maniere que ce soit. Ainsi, quand le testateur a choisi une certaine forme pour tester: Par exemple, celle du testament solemnel devant notaire; s'il y a eu dans ce testament quelque formalité obmise, il est entiérement nul, & ne peut valoir comme testament noncupatif; donc la maxime des docteurs, approuvée par

du Moulin, n'a point lieu en ce cas parmi nous; & c'eſt en cet endroit qu'on applique la maxime dont parle Boiceau, que quand on veut faire ce qu'on ne peut pas faire, & qu'on ne fait pas ce qu'on peut faire, c'eſt comme ſi on ne faiſoit rien du tout.

6. Les actes qui tirent leur origine du droit naturel, comme la plûpart des contrats, ne laiſſent pas, au contraire, de valoir comme écriture privée, quoique nuls en la forme, parce que toute leur eſſence conſiſte dans le conſentement des parties, lequel eſt du droit des gens; & c'eſt en ce ſens que la maxime de du Moulin a lieu; car, quoique l'acte péche en la forme, il ne laiſſe pas de valoir comme écriture privée. Brodeau ſur Loüet, let. N. n. 10, rapporte les arrêts qui ont jugé même dans l'eſpece dont parle Boiceau, (qu'il cite nommément,) qu'en vertu d'un contrat de conſtitution de rente, paſſé par un notaire hors ſon reſſort, lequel n'emporte point d'hypotheque, & n'a point d'exécution parée, le débiteur ne laiſſe pas d'être obligé envers celui qui a fourni l'argent; & il fait enſuite la diſtinction ci-deſſus rapportée au ſujet des teſtamens.

7. De-là il s'enſuit que dans la premiere eſpece propoſée par Boiceau, quoique le contrat fût nul en la forme, & que l'acquereur, en vertu de ce contrat, ne pût pas demander la reſtitution du prix qu'il avoit payé, il tenoit lieu néanmoins d'écriture privée & de preuve, par écrit de la numération des deniers; ce qui lui ſuffiſoit pour intenter l'action de condiction, ſans qu'il fût beſoin de demander à faire la preuve de la convention intervenue entre lui & les vendeurs; & cette diſtinction entre le fait de la numération & le fait de la convention, eſt confirmée par le ſentiment de M. d'Argentré, titre des Obligations, coutume de Bretagne, article 170, (qui eſt conforme à l'article 54 de Moulins,) lequel décide que, quand l'obligation a été contractée *re*, c'eſt-à-dire par la tradition ou numération des deniers, la preuve par témoins en doit être reçue à cet effet, quoiqu'on ne fût pas recevable, ſuivant cette coutume, & ſuivant l'ordonnance, à prouver par témoins la convention; & il ajoûte que, ſuivant le ſentiment de Bartole & des docteurs, quoique *Qui dicit ſe certum mutuò realiter*

credidiſſe, non impeditur probare teſtibus : ſtipulatio quidem & promiſſio, non rectè teſtibus probaretur.

le contrat ſoit nul, le débiteur ne laiſſe pas d'être obligé de rendre l'argent, à cauſe de la numération qui lui en a été faite, & dont il profiteroit ſans cela injuſtement; ce qu'il confirme dans l'eſpece d'une acceptilation ou quittance verbale, le fait de laquelle ne peut ſe prouver par témoins, parce que cette acceptilation eſt une convention de ne point demander le payement d'une ou de pluſieurs dettes; autre choſe eſt, ſi on articule que le créancier a compté l'argent lors de l'obligation, ce qui ſe peut, dit-il, prouver par témoins.

8. A l'égard de la ſeconde eſpece rapportée par Boiceau, touchant un teſtament paſſé par des notaires hors leur territoire, & par conſéquent nul, il décide que ce teſtament ne peut valoir comme noncupatif, ſuivant la maxime vulgaire des docteurs, tirée de la loi *Multùm intereſt*, ci-deſſus citée; ce qui eſt certain.

9. Mais, quant à ce qu'il ajoûte qu'il faut laiſſer à l'arbitrage du juge de recevoir ou de refuſer la preuve par témoins aux légataires dénommés dans ce teſtament, qui s'en veulent ſervir comme d'un commencement de preuve par écrit du legs qui leur a été fait, il eſt conſtant que ce teſtament étant nul, il ne produit aucun effet, & ne fait aucun degré de preuve, parce qu'il n'a pas les formalités requiſes, auxquelles ſeules la loi ajoûte foi en cette rencontre; & par conſéquent, les legs n'en ſont point dûs, & la preuve de la volonté du teſtateur n'eſt pas même admiſſible; car ſi cela étoit permis; ce ſeroit autoriſer des actes que la loi ne reconnoît point, & ce ſeroit un moyen indirect pour faire après coup un teſtament à ceux qu'elle regarde comme n'en ayant point fait.

Idem eſt non fieri & non rectè fieri. Loüet, pag. 101.

10. Il n'y a que le teſtament du pere entre enfans, qui ſoit diſpenſé de la rigueur des formalités, quand il contient un partage juſte de ſes biens entr'eux, & qu'il n'a fait que ce que la loi eût fait elle même, s'il étoit décédé *inteſtat*. Les diſpoſitions du droit canon, qui diſpenſent les teſtamens des formalités en faveur des legs pieux, ne ſont point auſſi reçues en France, parce que l'on a jugé qu'il étoit de l'intérêt public de reſtreindre les dernieres volontés des hommes, ſujettes aux ſuggeſtions; même l'ar-

ticle 270 de la coutume de Poitou, rapporté par Boiceau, demande préciſément un notaire & deux témoins, ſoit à la ville ou aux champs.

11. Que ſi quelquefois les arrêts ont adjugé quelque portion de legs pieux ou favorables, contenus en des teſtamens nuls, ſoit à l'égliſe, aux pauvres, à des enfans bâtards, ou autres proches parens légataires, ç'a été par des motifs particuliers, & par une ſouveraine équité, qui bien loin de faire violence à la régle, ne ſert qu'à la confirmer.

12. On demande ſi ce qui eſt énoncé dans un acte nul, ne peut jamais faire preuve, ou ſervir de commencement de preuve par écrit, & cela dépend des circonſtances; car il y a des cas où un acte nul peut même faire preuve de la vérité.

13. Ainſi il a été jugé qu'un inventaire nul, lequel avoit été fait par le ſurvivant des conjoints des biens de la communauté, ſuffiſoit pour empêcher la continuation, parce qu'il faiſoit preuve de la volonté que le ſurvivant avoit eu de la diſſoudre [*]. Louet & Brodeau, let. C, n. 30.

14. Mais on doute ſi une enquête nulle, dans laquelle le fait qu'il s'agit d'éclaircir eſt prouvé, peut du moins tenir lieu de commencement de preuve par écrit, à l'effet de pouvoir faire admettre une ſeconde fois la preuve par témoins.

15. Il eſt certain que cela ne doit pas être permis [**]; car ce ſeroit un moyen indirect de contrevenir à l'ordon-

[*] Cet arrêt qui a été rendu pour la coutume d'Anjou, qui ne fait aucune mention de continuation de communauté, ne pourroit point être ſuivi dans la coutume de Paris, ni dans celles qui, comme elle, veulent un inventaire ſolemnel pour opérer la diſſolution de la communauté. Ce n'eſt point aſſez, dans ces coutumes, que le ſurvivant ait eu la volonté de diſſoudre la communauté, il faut encore qu'elle ait été exécutée, & qu'elle l'ait été de la maniere ordonnée par la loi, & avec les formalités qu'elle a preſcrites, parce que ces formalités ont été établies pour obvier aux négligences & aux fraudes qui pourroient ſe gliſſer dans cet inventaire. Par conſéquent, l'obſervation de ces formalités eſt de rigueur; & la volonté qui n'eſt pas accompagnée de l'obſervation de ces formalités, n'eſt qu'une volonté imparfaite & vicieuſe, & que la loi rejette.

[**] Il faut diſtinguer ſi l'enquête eſt nulle par quelque défaut de forme, ou bien parce qu'elle a été faite dans une circonſtance prohibée par l'ordonnance. Dans le premier cas, elle doit ſervir de commencement de preuve, parce que quoique le rapport qu'elle contient, ne ſoit pas juridique, & ne puiſſe faire preuve, du moins n'eſt-il pas vicieux en lui-même, & rejetté par la loi. Dans le ſecond, elle ne peut pas même faire une préſomption de la vérité du fait; car ſon rapport eſt ſuſpect, & réprouvé comme tel par l'ordonnance; par conſéquent, on ne peut en tirer aucune induction pour la vérité.

nance, mais elle peut ſervir de préſomption de la vérité du fait, s'il y eſt prouvé.

Charondas, Réponſ. livre 3, n. 53, demande ſi un acte ayant été déclaré faux, &, comme tel, lacéré, on peut néanmoins prouver la vérité de la teneur de cet acte, parce que quoiqu'il ſoit faux, quant à la ſignature, il ſe peut faire que ce qui y eſt énoncé, ſoit véritable. Il dit qu'il peut être prouvé par témoins, ſuivant l'opinion de pluſieurs interprétes ſur la loi *Si ex falſis inſtrumentis, C. de Tranſact.* & qu'il a été jugé ainſi par arrêt du dernier Août 1497, (antérieur, par conſéquent, à l'ordonnance de Moulins;) mais après la diſpoſition de l'art. 54 de cette ordonnance, on demande, ajoûte-t-il, ſi cette preuve ſeroit permiſe en ce cas, quand il s'agit de plus de cent livres; & il dit que les opinions étoient partagées de ſon tems ſur cette queſtion. Toutefois, ajoûte-t-il, d'autant que par le jugement de faux, l'inſtrument eſt ſeulement annullé & rompu, il ſemble que la vérité du fait n'eſt pervertie, ce ſont ces termes; que c'eſt comme s'il n'y eût eu aucun contrat; que par conſéquent la preuve du fait, qui a été traité entre les parties, eſt recevable, ſi l'on prétend que la choſe a ſorti effet; autre choſe ſeroit, dit-il, s'il étoit queſtion d'une ſimple promeſſe ou convention, non aidée & confirmée de tradition; il ne décide pourtant rien; & il finit, en diſant qu'il faut attendre ce jugement de la cour, d'un procès parti pour le fait d'un tranſport qui avoit éte jugé faux, à la pourſuite de celui contre lequel il avoit été fait, & du contenu duquel la preuve par témoins avoit été reçue par le juge, dont étoit appel contre celui qui l'avoit fait [*].

16. Au reſte, l'ordonnance, comme il a été déja re-

[*] Il a été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux, du 16 Septembre 1663, recueilli par Lapeyrere en ſes Déciſions ſommaires du Palais, qu'un contrat doit être entièrement rejetté, ſur ce que le ſeing du notaire eſt faux, bien que l'acte ſoit ſigné par les parties; parce que le faux eſt comme l'uſure, qui infecte toutes les parties d'un contrat. En effet, dès qu'un acte eſt reconnu pour faux dans une de ſes parties, il ne doit plus faire aucune foi, parce qu'il pourroit être également faux dans les autres, & qu'il y a même lieu de le ſoupçonner d'être tel. *Mendax qui ſemel innotuit, etiam cùm verum dicit amittit fidem.* D'ailleurs c'eſt la ſignature du notaire, qui donne à l'acte ſon authenticité; & elle a été établie pour prévenir les fraudes & les malverſations auxquelles les actes ſous ſeing privé ſont ſujets: ſi donc cette ſignature eſt fauſſe, l'acte ne mérite plus aucune foi.

marqué,

marqué, n'a pas abrogé abſolument la preuve par témoins. Mornac dit même que, quelque foible que ſoit le commencement de preuve par écrit, il ſuffit pour faire obtenir cette preuve ; & c'eſt ce qui ſera examiné ci-après ſur le Chapitre I de la ſeconde Partie, en expliquant ce que c'eſt que le commencement de preuve par écrit.

CHAPITRE IX.

Des Marchés faits durant les Foires.

SOMMAIRE.

1. *Des foires en général, & des marchés qui s'y font.*
2. *Raiſons pour prouver qu'ils ne doivent point être compris dans la prohibition de l'ordonnance de Moulins.*
3. *Non plus que ceux qui ſe paſſent entre gentilshommes, qui ne ſont point d'écrit.*
4. *Raiſons pour prouver, au contraire, que tous ces marchés doivent être rédigés par écrit, ſuivant l'ordonnance.*
5. *Deux eſpeces ſur ce ſujet, où la preuve par témoins doit être reçue.*
6. *La difficulté de trouver un notaire ne peut plus être oppoſée.*
7. *Expédient ſur ce ſujet pour celui qui a vendu une choſe à crédit ſans acte par écrit.*
8. *Si celui qui a vendu, & qui a été payé comptant, revendique la choſe qu'il a vendue, comme ne l'ayant point vendue.*
9. *Sentiment de Boiceau que la preuve par témoins doit être admiſe en ce cas ; des circonſtances qui peuvent faire préſumer la vente.*
10. *Maniere dont doivent dépoſer les témoins en cette rencontre.*
11. *Prudence du juge requiſe dans cette occaſion.*

1. APRE'S ce qui vient d'être dit, il faut parler des marchés faits durant les foires ; car perſonne n'ignore combien le nombre en eſt grand, & combien elles

---

1. HIS expeditis de pactis nundinalibus eſt dicendum : quanta enim ſit nundinarum ac cœtuum mercalium communitas, & civitatibus utilitas, nemo neſcit, teſte Calliſtrato : *a* quarum nundinarum con-

a *In L. 2, ff. de Nundin.*

ſont utiles aux villes, (témoin ce qu'en dit le juriſconſulte Calliſtrate :) auſſi le droit de les établir eſt un droit royal; d'ailleurs on ſçait qu'il y en a beaucoup en ce royaume; car il n'y a pas la moindre petite ville, ni le plus petit village ou hameau, qui n'ait la ſienne. Or, pendant qu'elles durent, il ſe fait une infinité de ventes & d'échanges, tant de choſes qui ne ſont que de purs meubles, que de chevaux, de bœufs, de mules, dont le prix excede ſouvent la ſomme de cent livres. On demande ſi la prohibition de l'ordonnance de Moulins doit avoir lieu en tous ces cas?

2. Et il ſemble qu'elle ne doit point s'entendre de ces ſortes de conventions, parce qu'elles ſe conſomment plutôt par la tradition que par aucune convention en forme; car les choſes (vendues ou échangées) s'y livrent, comme on dit, de la main à la main. Or, dans ces ſortes de marchés qui ſe conſomment par la tradition, il n'eſt pas, ce ſemble, néceſſaire d'y obſerver tant de ſolemnités, comme il ſe pratique ſur-tout entre gentilshommes, qui en uſent librement & familiérement entr'eux.

3. Car j'en ai vu ſouvent prêter à d'autres gentilshommes, leurs parens ou leurs amis, ou leurs compagnons de guerre, des chevaux eſtimés deux cens écus, & autres choſes ſemblables, ſans faire aucun écrit; enſorte que tout ſe conſommoit par la ſimple tradition. On demande ſi, en

---

a *Cap. unic. Quæ ſint reg. in uſib. feud.*

ceſſio inter regalia computatur. *a* Item quàm magna ſit copia nundinarum in hoc regno, palàm eſt, nam nulla eſt urbicula, nullúſque pagus, vel pagulus, in quibus non ſit uſus nundinarum frequentiſſimus : at in his, fiunt quotidiè inter mercatores ac ruſticos, & alios, infinitæ venditiones, per mutationes rerum, tàm mobilium, quàm ſe moventium, ut equorum, boum, mularum : quarum æſtimatio & pretia in conventionem deducta, libras centum excedunt ſæpiſſimè : nunquid hæc omnia conſtitutioni huic ſubjici debeant?

2. Et videretur quòd non, cùm hujuſmodi pacta, magis à traditionibus incipiant & perficiantur, quàm à conventionibus : nam manu ad manum, ut dicitur, in nundinis venditum tradi ſolet, in his autem quæ à traditione magis incipiunt, & maximè in mobilibus, vel ſe moventibus, non tanta ſolet exquiri juris ſolemnitas : *b* cujuſmodi ferè ſunt eæ liberalitates, quæ inter nobiles fieri conſueverunt.

b *Ut not. in L. Sive emancipatis.*

L. Si quis argentum, l. penult. C. de Donation.

3. Sæpè enim vidi nonnullos nobiles, liberaliter donare & tradere aliis nobilibus aut cognatis, aut amiciſſimis, aut commilitonibus, equos

cas qu'il ſurvienne quelque conteſtation entr'eux pour ce ſujet, comme je ſçais qu'il eſt arrivé au ſujet d'un cheval, que celui qui l'avoit en ſa poſſeſſion, diſoit lui avoir été donné par un gentilhomme, ce que les héritiers de ce gentilhomme dénioient; ſçavoir ſi celui qui avoit ce cheval, ſera recevable à prouver que le défunt lui en avoit fait préſent, ce qui ſemble devoir être ainſi parce qu'il s'agit plutôt, en ce cas, de prouver le fait de la tradition, que de prouver qu'il y ait eu aucune convention. De plus, ſi dans tous ces pactes ou marchés qui ſe font durant les foires, & autres ſemblables conventions, ou préſens, qui ſe conſomment par la ſimple tradition, il falloit toujours avoir un notaire, il n'y a perſonne qui ne voie combien cela ſeroit à charge aux marchands & à tous ceux qui vont aux foires, ou qui achetent & vendent des choſes qui ſont meubles; ce qui ſeroit reſtreindre la liberté qu'on a de contracter dans la foire; & même ce ſeroit, en quelque ſorte, en empêcher l'uſage, parce qu'il ſeroit impoſſible d'avoir toujours un notaire pour paſſer tous les marchés qui s'y font. C'eſt pourquoi, en ce cas, l'exécution de l'ordonnance ſemble être impoſſible; ce qui eſt une condition eſſentielle à la loi, qui ne doit commander que des choſes poſſibles.

4. Néanmoins, malgré toutes ces raiſons, j'eſtime que cette ordonnance ne laiſſe pas d'avoir lieu à l'égard de

---

ducentis aureis æſtimatos, vel alia munera ejuſmodi, nullumque ibi contractum fieri, ſed ſolam traditionem intervenire, utrùm, ſi de his oriatur contentio, (ut aliquandò vidi de quodam equo, quem donatum ſibi poſſeſſor dicebat, hæredes autem donantis negabant) hujuſmodi donatio teſtibus probari poſſit? Quod videretur, cùm eo caſu magis de ſimplici traditione agatur, quàm de contractu aliquo. Prætereà, ſi de his omnibus pactis nundinalibus, aliiſque ſimilibus conventionibus, ſeu liberalitatibus, quæ momentaneâ traditione complentur, notarii ubique requirantur quantis incommodis mercatores omnes & ad nundinas coëuntes, aliique omnes de mobilibus contrahentes afficiantur, contrà nundinarum privilegia, *a* nemo eſt qui non videt. Imò ferè ad impoſſibile reducentur omnes nundinationes, in quibus, de momento ad momentum, notarios ſemper præſtò habere, erit impoſſibile: Ideòque hoc reſpectu, hæc conſtitutio ad impoſſibile reducta videbitur contrà legis conditionem & naturam, quæ de poſſibili tantùm fieri debet. *b*

a *In L. unicâ, C. de Nund. & merc.*

b *L. Leges, C. de Leg. l. Impoſſibilium de reg. jur.*

4. His tamen non obſtantibus, puto hanc conſtitutionem, in his om-

tous les marchés faits ès foires ou ailleurs, des choſes meubles, qui excedent la valeur de cent livres, ſuivant ces termes généraux de l'ordonnance, *De toutes choſes qui excedent cent livres ;* car la ſignification de ce mot *choſes*, mentionnées en l'ordonnance, étant d'une étendue ſans bornes, comprend les choſes meubles, ou qui ſe maintiennent par elles-mêmes, & celles qui ſont immeubles, & tous les droits corporels, incorporels & mixtes; c'eſt pourquoi, attendu qu'il y a parité de raiſon, qui eſt la crainte de la ſubornation des témoins; j'eſtime que l'ordonnance y doit avoir lieu.

5. Et en effet j'ai vu arriver une infinité de conteſtations & de procès, touchant les marchés qui ſe font dans les foires; car ſi par un exemple, un payſan a vendu une couple de bœufs quarante écus, payables dans un mois, & que ce marché n'ait pas été rédigé par écrit : quelle action aura-t-il pour s'en faire payer, ſi on lui refuſe la preuve par temoins ?

Et il n'y a pas long-tems que j'ai vu un certain procès, dans lequel un particulier ſoutenoit que deux mules, qu'un autre avoit en ſa poſſeſſion lui appartenoient, & qu'il les avoit achetées cent dix livres d'une autre perſonne, laquelle ayant été appellée en garantie de cette vente, dénia les avoir vendues. Et dans un autre procès dont j'ai entendu parler, il s'agiſſoit d'un cheval qui avoit été

---

nibus pactis, quæ de mobilibus, in nundinis vel extrà, conficiuntur, locum habere, ſi libras centum excedant, ex his verbis generalibus legis, *de omnibus rebus centum libras excedentibus.* Nam rerum appellatio latiſſimè patet, ideòque non tantùm ad res immobiles, & ſe moventes, & ad omnia jura corporalia, incorporalia, & mixta extenditur : *a* quocircà ex identitate rationis, ne fiat ſubornatio teſtium, idem jus in his etiam obſervari debere arbitror.

5. *b* Et reverâ de iſtis pactis nundinalibus infinita vidi jurgia & lites oriri; ruſticus enim, qui duo boum juga vendit, pro aureis quadraginta, infrà menſem perſolvendis, ſi nihil de venditione ſcribat, quomodò ex vendito agere poterit, cùm denegetur ei teſtibus probatio ?

Nec diù eſt me vidiſſe litem inter quemdam, duas mulas vindicantem, contrà poſſeſſorem, qui ſe mulas decem & centum libris emiſſe contendebat à quodam tertio venditore, qui vocatus ad evictionis præſtationem, mularum venditionem denegabat : itèm, de equo centum

a L. Rei appellatio, L. Rei appellatione, ff. de verb. Sig. & ibi Accurſ.

b L. Illud, ff. Ad L. Aq.

vendu cent écus, on ſoutenoit que ce n'étoit pas ce cheval-là qui avoit été vendu, mais un autre cheval. Dans tous ces cas, la preuve par témoins ne doit pas être admiſe; & je crois qu'elle ne le doit pas être, parce que cette ordonnance le défend.

6. Et on ne peut alléguer la difficulté de trouver des notaires, qui ne peut plus être alléguée avec raiſon, parce que s'il y a un grand nombre de foires, il y a auſſi à préſent un grand nombre de notaires dans les moindres bourgs & villages. C'eſt pourquoi ceux qui trafiquent dans les foires feront plus prudemment, (ſur-tout quand ils veulent faire crédit à quelqu'un,) d'en paſſer un acte devant notaires; car autrement ils ſeront ſujets à la prohibition de l'ordonnance, comme je l'ai vu pratiquer en pluſieurs cas ſemblables.

7. Néanmoins dans ces ſortes de marchés faits ès foires, j'ai vu pratiquer un bon expédient. Titius, par exemple, qui avoit vendu à crédit ſes bœufs, ſans paſſer le marché par écrit, venant à s'appercevoir que Caïus, qui les a achetés, veut le nier, & néanmoins les garder en ſa poſſeſſion, ou qu'il veut ſoutenir qu'il les a livrés à un tiers; en ce cas, afin que Titius puiſſe revendiquer ſes bœufs, il faut qu'il ſoutienne que Caïus, ou celui à qui il les a livrés, les retient injuſtement & ſans cauſe, & qu'il con-

---

aureis vendito, litem audivi, in quâ illius equi venditio negabatur, & alium equum venditum fuiſſe contendebatur: nunquid in his omnibus teſtium probatio admitti poterit; puto quòd non, impediente hâc generali conſtitutione.

6. Nec obſtat difficultas recuperandorum tabellionum, quæ in his venditionibus juſtâ ex causâ allegari non poteſt: quià quemadmodùm nundinarum magna eſt copia, tàm in urbibus quàm in pagis, ità etiam hodiè plurimi ſunt ubiquè locorum notarii: idcircò conſultiùs facient nundinantes, ſi his pactionibus, centum libras excedentibus, notarios adhibeant, maximè ſi in iis, fidem alienam ſequuti, in creditum iri velint: nàm ſecùs, in rationem legis iſtius incident neceſſariò, ut pluribus jam expertus ſum exemplis.

7. Verumtamen in his negotiis nundinalibus, aliiſque mobilium vel ſe moventium rerum pactis, hanc bonam & ſecuram vidi expediri cautelam: Titius videlicèt, qui boves ſuos creditò & ſine ſcriptis vendiderat, ſi animadvertat, Caïum emptorem, venditionem negare velle, & *Remedium contrà eos qui venditionem in nundinis factam denegant.*

clue à la reſtitution, ſi mieux n'aiment ceux qui les ont en leur poſſeſſion, lui payer quarante écus, qui eſt leur véritable valeur; mais il ne doit point faire aucune mention qu'il y ait eu une vente, de crainte que n'ayant point de marché par écrit, il ne perde ſa cauſe, faute de preuve; car, par ce moyen celui qui a ces bœufs en ſa poſſeſſion, ſera tenu de les rendre, ou d'avouer qu'il les a achetés. Au reſte, l'on accordera à Titius la permiſſion de prouver par témoins, que ſes bœufs lui appartenoient, il n'y a pas longtems, (ce qui a toujours été permis de prouver contre un uſurpateur,) que Caïus les lui retient injuſtement; car ainſi il ſera toujours en droit de les revendiquer: c'eſt pourquoi, ſi Caius ne prouve pas qu'il les poſſede à juſte titre, il ſera contraint de les rendre; & ainſi ſon dol & ſa mauvaiſe foi paroîtront.

Et on peut en uſer ainſi contre tous ceux qui ſe ſont mis en poſſeſſion par fraude de ſemblables choſes, leſquels, ſous prétexte de la rigueur de cette ordonnance, ont l'aſſurance d'en dénier le prix, leſquels, s'ils refuſent de reſtituer cette choſe, & en dénient la vente, ne pourront éviter d'être condamnés à les reſtituer, parce qu'ils doivent ſçavoir que cette choſe ne leur appartient pas, puiſqu'ils ne l'ont pas achetée.

---

tamen boves ſemper detinere, aut tertio nupèr poſſidendos tradidiſſe, cautio eſt, ut ipſe Titius boves ſuos vindicet, & ſine cauſâ poſſeſſos & occupatos per Caïum, aut tertium detentorem, contendat, ideòque ad reſtitutionem boum concludat, ſi non malit poſſeſſor iſte, quadraginta aureos, veram boum æſtimationem, præſtare, de venditione autem nullam faciet mentionem, ne incidat in probationis ſcriptæ inopiam; atque ità cogetur doloſus ille detentor, aut venditionem ipſemet allegare & fateri, aut boves reſtituere: cæterùm Titio permiſſum erit teſtibus probare, boves illos in dominio ipſius fuiſſe, (hoc enim contrà uſurpantem & occupantem licitum ſemper fuit) *a* ſeque eos tanquàm dominum nupèr poſſediſſe, & jam ab illo Caïo ſine cauſâ detineri: ſic enim ſemper vindicari poterunt. *b* Ideòque ſi juſtam occupationis cauſam non probet Caïus, ad reſtitutionem cogetur: ſicque dolus & mala fides illius manifeſtabitur.

a L. Proprietatis, C. de Probat.

b L. 1 & 3, C. de rei Vend. l. Si fundum, C. de Reb. al. non alienand.

Et ità practicari poteſt contrà omnes doloſos mobilium detentores, pretium venditionis denegantes, & rigori hujus conſtitutionis forſitàn ex induſtriâ confidentes: qui vindicationem rei, eorum reſpectu alienæ, ſi venditionem denegent, fugere non poterunt, cùm alienum ſcire debeant, quod ſuum eſſe ex vendito fateri nolunt. *c*

c L. ult. C. Undè vi. & l. Si finita, §. Cùm verò, ff. de Dam. infec.

8. Mais que ſera-ce, au contraire, ſi, Titius qui a vendu ſes bœufs argent comptant, a la mauvaiſe foi de les revendiquer de Caïus, comme s'il les lui retenoit ſans cauſe, & qu'il nie que Caïus les ait achetés de lui, & lui en ait payé le prix? Que fera cet acheteur de bonne foi, pour ſe défendre? puiſque la preuve par témoins lui eſt interdite, ſuivant cette ordonnance, & qu'au contraire, comme il vient d'être dit, celui qui, de mauvaiſe foi, en revendique la propriété, peut prouver même par témoins que cet acheteur les lui retient injuſtement.

9. Je crois qu'en ce cas, la preuve par témoins doit être admiſe en ſa faveur, non pas de la vente, mais des circonſtances & des indices, deſquelles on pourra conclure enſuite qu'il y a eu vente; par exemple, (il pourra demander à faire la preuve,) que Titius a mené ſes bœufs au marché pour les vendre; que pluſieurs perſonnes les ont marchandé; qu'on l'a vu lui-même les marchander avec Titius, & compter l'argent, (après les avoir achetés,) & qu'on l'a vu enſuite les emmener de la foire chez lui; car ces choſes étant ainſi prouvées, jointes à ce qu'il a ſes bœufs en ſa poſſeſſion, (laquelle poſſeſſion eſt déja elle-même une préſomption de ſa bonne foi,) elles feront préſumer qu'il y a eu une vente.

10. Et ſi quelqu'un des témoins, en dépoſant de toutes

---

8. Sed quid, ſi, vice verſâ, Titius qui boves vendidit præſente pecuniâ, doloſè ſuos boves vindicet, tamquàm ſinè cauſâ per Caïum poſſeſſos, & deneget Caïo venditionem, ac pretii numerationem? Quid, inquam, iſte, modò probus emptor, faciet; cùm teſtibus venditionem probare ei non liceat, hâc lege obſtante: poſſit autem doloſus iſte vindicans dominium, quolibet probationis genere probare, ut ſuprà dictum eſt.

9. Puto in iſto caſu admittendam eſſe teſtium probationem: non quidem de ipſiſſimâ venditione; ſed de circumſtantiis & indiciis, quæ facient præſumi venditionem factam fuiſſe: utpotè, quòd Titius venales habuit *a* boves in foro, quòd multis vendendos expoſuit, quòd viſi ſunt Titius & Caïus colloquentes de boum venditione, quòd viſus eſt Caïus pecunias Titio numerare, & deindè viſus eſt idem Caïus, boves à nundinis in domum deduxiſſe: his enim probatis, junctâ poſſeſſione Caii, inducetur venditionis vehementiſſima præſumptio, cùm jam ex poſſeſſione Caii, nonnihil bonæ fidei præſumatur.

a *Argum. l. 1, C. de rer. permutat. ubi doctores.*

10. *b* Et, ſi teſtes de his indiciis teſtificantes, de ipſâmet venditione

b *L. Poſſeſſiones, C. de Probation.*

ces circonſtances, dépoſe auſſi de la vente, il ne faudra pourtant pas rejetter ſa dépoſition, fondé ſur ce qu'il n'eſt pas permis de prouver par témoins ce contrat; mais on aura égard à ſa dépoſition, ſeulement en ce qu'elle concerne les circonſtances qui peuvent faire préſumer la vente, & dont la preuve eſt permiſe, après qu'elles ont été articulées par l'acheteur.

11. Et dans tous ces cas, il faut que le juge prenne le milieu entre l'obſervation rigoureuſe de la loi, & l'équité, ſuivant qu'il pourra conjecturer lui-même, ſoit par la qualité des parties, ſoit par les détours de leur procédé, dont la fraude eſt quelquefois ſi évidente dans les payſans, qu'on la lit preſque dans leurs yeux, ou enfin par la qualité des témoins, & la vraiſemblance de leurs dépoſitions, comme dit Ulpien; & ce qui vient d'être dit ci-deſſus, ſuffira pour ce qui regarde les conventions expreſſes.

---

deponant non eâ ex cauſâ rejici debebunt, quòd teſtibus venditionem probare non liceat, ſed ob hoc admittentur teſtes, quòd ſuper indiciis & circumſtantiis ſuprà deductis duntaxàt, producti fuerint.

11. Et in his omnibus temperanda erit judicantis religio, ut inter legis iſtius rigorem, & juris æquitatem, officium ſuum interponat, *a* ſecundùm ea quæ magis ipſe ſcire poterit: veluti ex partium qualitate vel calliditate, quæ ſæpenumerò in his ruſticis ocularis eſt, & deniquè ſecundùm teſtium & teſtimoniorum dignitatem, & veriſimilitudinem, ut inquit Ulpianus. *b* Et hæc ſufficiant pro contractibus & conventionibus expreſſis.

a *Nulla juris, ff. de Leg. b. l.* 1, *C. eodem.*

b *L. Teſtium* §. 1, *& §. Idem divus Hadrianus, ff. de Teſtibus.*

ADDITIONS

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE IX.

SOMMAIRE.

1. *Origine des foires à Rome, & leur uſage.*
2. *Leur antiquité en France.*
3. *Le roi ſeul a droit de les établir.*
4. *Les ſeigneurs châtelains en Anjou, ont auſſi ce droit.*
5. *Priviléges des foires à Rome, & parmi nous.*
6. *L'ordonnance de Moulins & de* 1667, *ont lieu pour les conventions faites durant les foires.*
7. *Si le ſeigneur peut prouver par témoins qu'il eſt en poſſeſſion d'avoir une foire dans ſon territoire.*
8. *Si la preuve par témoins eſt reçue, quand la convention par écrit n'eſt point datée, à l'effet de prouver qu'elle a été paſſée durant le tems que la foire tenoit.*
9. *Raiſons pour faire voir que la date ſe peut prouver par témoins, quand il n'y en a point de preuve par écrit.*
10. *Réflexion ſur l'expédient que donne Boiceau, quand il y a eu tradition.*

1. AVANT d'examiner ce que Boiceau dit touchant les conventions qui ſe font durant les foires, on peut remarquer, en paſſant, que leur origine eſt fort ancienne. Il y en avoit chez les Grecs. Romulus, ou Servius Tullius, ſelon quelques auteurs, les introduiſirent dès la naiſſance de la république Romaine. M. Cujas, ſur le Titre 60, C. *l.* 4, dit que les Grecs appelloient les jours de foires ἀτελείας vacations, leſquels on appelloit à Rome, *feriatos*, ou *nefaſtos dies*, parce que dans ces jours, *nefas erat adire prætorem*; ce qui fut changé chez les Romains par la loi *Hortenſia*. Avant cela, ſous le régne des rois, dit Macrobe, Sat. 1, les foires *erant feriæ paganorum ſeu ruſticorum*, c'eſt-à-dire que ceux qui habitoient aux champs, après avoir employé huit jours à cultiver la terre, venoient à Rome, le neuvieme jour, faire leurs affaires, prendre les marchandiſes qui leur étoient néceſſaires, & donner leurs ſuffrages dans l'aſſemblée du peuple pour la pro

Voyez Fevret de Lalum.

De Jure Rom. l. 1, *chap.* 7. *Roſinus, Ant. Rom. l.* 4, *chap.* 17.

mulgation des loix ; car, comme remarque Sigonius, Romulus avoit défendu aux perſonnes libres l'exercice des arts & métiers : il n'y avoit que les eſclaves & les étrangers qui s'en mêlaſſent, & ces eſclaves habitoient dans la ville ; le reſte des Romains, pour la plûpart, demeuroient aux champs pendant la paix, & s'enrolloient tous pendant la guerre.

2. En France, les foires ſont auſſi anciennes que la monarchie, puiſqu'on prétend que celle de S. Denis a été inſtituée par Dagobert, & ſi nous voulons remonter encore plus haut, les anciens Gaulois tenoient auſſi des foires, dans leſquelles la traite foraine des marchandiſes étrangeres n'étoit pas permiſe, comme a remarqué Paſquier, livre 1, chapitre 1 de ſes Recherches.

3. Le droit de les établir en France, eſt un droit royal [*]. Dans l'empire Romain, le peuple, le ſénat, & enſuite les empereurs avoient l'autorité de les inſtituer, comme marque la loi 1, D. *de Nundinis*, & la loi *Qui exercendorum ;* Cod. liv. 4, T. 60, on pouvoit pourtant les tenir, quand on en étoit en poſſeſſion depuis long-tems ; & ce droit ſe perdoit par la diſcontinuation de poſſeſſion durant dix ans, dit la loi 50, D. *de Nundinis.*

4. Or, quoique ce droit parmi nous ſoit un droit royal, comme il eſt marqué expreſſément dans le grand coutumier, livre 1, chapitre 1, page 17; néanmoins il y a des coutumes où, de droit commun, les ſeigneurs châtelains ont ce droit, comme en la coutume d'Anjou, titre 5, article 49 ; mais réguliérement il faut des lettres-patentes du roi.

5. Au reſte l'utilité du commerce a obligé les princes d'accorder pluſieurs priviléges aux marchands qui y viennent trafiquer ; ainſi à Rome ils ne payoient aucun droit pour le lieu auquel ils étaloient leurs marchandiſes : elles n'y pouvoient être ſaiſies pour leurs dettes, ſi ce n'eſt pour celles qu'ils avoient contractées durant les foires ; & les étrangers avoient un ſauf-conduit pour y apporter leurs

Le droit qu'on levoit autrefois à Rome, s'appelloit *ſiliquaticum.*

[*] Bacquet des Droits de juſtice, ch. 7, n. 10, met au nombre des cas royaux le droit d'établir des foires. » Item, dit-il, au roi appartient ſeul, » & pour le tout, en tout ſon royaume, » & non à autrui, octroyer & ordonner » toutes foires & tous marchés ; & les » allans & venans, & retournans, ſont » en ſa ſauve-garde & protection. »

marchandiſes, ſuivant la loi unique, Cod. liv. 4, tit. 60, qui, en cela, a rétabli l'ancien droit, dit M. Cujas; les mêmes priviléges ont preſque lieu parmi nous. Papon, liv. 5 de ſes Arrêts, obſerve que le droit de marque ou de repréſailles n'a pas lieu en France contre les marchands étrangers qui y trafiquent, non plus que le droit d'aubaine ſur les biens des marchands qui trafiquent ès foires de Lyon, comme remarque Bacquet, chap. 4 du Droit d'aubaine; & à l'égard des dettes actives & contractées durant les foires, le débiteur ne peut faire ceſſion pour s'en libérer, ni obtenir lettres de répit.

6. Cela ſuppoſé, il eſt certain que ce que décide Boiceau, touchant les conventions faites durant les foires, doit avoir lieu par-tout, quand la convention excede cent livres, ſuivant l'ordonnance de Moulins, & celle de 1667, ainſi qu'a remarqué Vrevin, chap. 24 de ſes Obſervations ſur cet article, parce que, dit-il, cette ordonnance eſt générale pour toutes ſortes de conventions : il n'y a que dans la juriſdiction des conſuls, entre marchands, qu'on admet la preuve par témoins de la livraiſon & du payement des marchandiſes, comme il a été ci-devant remarqué, parce que ces deux ordonnances n'y ſont pas obſervées à la rigueur, celle de 1667 n'ayant point dérogé en cela à leur uſage, comme elle le marque expreſſement [*].

7. A l'occaſion de ce qui vient d'être dit des foires, on peut demander, 1° ſi le ſeigneur qui eſt en poſſeſſion d'avoir une foire dans un certain lieu de ſa ſeigneurie, & qui n'a point les lettres-patentes de leur établiſſement,

[*] M. Potier, Tr. des Obl. part. 4, ch. 2, art. 2, eſt de cet avis.

Le Code civil de Savoye contient à ce ſujet une diſpoſition qui fait voir que la faveur du commerce doit faire relâcher de la rigueur de la preuve littérale, à l'égard des marchands. « Lorſ- » qu'il s'agira, y eſt-il dit, liv. 2, tit. 17, » chap. 2, n. 18, tant par-devant le con- » ſulat, que les autres tribunaux, de quel- » ques créances des marchands, ban- » quiers & négocians, pour cauſe de prêt, » vente de marchandiſes, ou qui pro- » viennent autrement du commerce, » même entre négocians, & autres qui » ne le ſont pas, il ſuffira de rapporter » des preuves ſommaires, qui ſe feront » par l'audition de deux, ou d'un plus » grand nombre de témoins, partie ap- » pellée, pour juſtifier de leur qualité » de marchands, ou qu'ils tiennent bou- » tique & négoce ouvert; & nous dé- » clarons que l'on pourra adjuger, dans » les occurrences, ſur ces preuves gé- » nériques, l'intérêt en faveur deſdits » marchands, banquiers ou négocians, » pourvu qu'il n'excede pas le ſix pour » cent; & quand il s'agira de quelque » plus grand dommage, nous voulons » qu'ils en faſſent la preuve formelle- » ment & ſpécifiquement, &c. »

pour ſe maintenir dans ce droit contre un autre ſeigneur voiſin qui le trouble, & qui prétend en établir une, peut alléguer ſa poſſeſſion, & demander à en faire la preuve par témoins ; & il faut diſtinguer, s'il articule une poſſeſſion immémoriale, & qu'il a perdu les lettres-patentes qui lui ont permis d'établir cette foire dans un certain lieu de ſa ſeigneurie ; il y doit être reçu, parce que cette poſſeſſion immémoriale, (quand elle eſt prouvée,) fait préſumer qu'il y a eu un titre d'établiſſement ; mais s'il n'allegue qu'une poſſeſſion de quelques années, il ne doit pas être écouté ; & c'eſt ainſi qu'on doit expliquer Loiſeau, chap. 8 des Seigneuries, *in fine*, quand il dit qu'il faut, en ce cas, un titre de conceſſion ou preſcription.

Il faut excepter encore, ſi c'eſt dans l'étendue d'une coutume où le ſeigneur châtelain eſt fondé en droit commun d'établir des foires dans ſa châtellenie, comme en Anjou, auquel cas, il ne lui faut aucun titre que ſa poſſeſſion & ſa qualité de ſeigneur châtelain.

8. 2° On peut demander ſi, au cas qu'un marchand ait vendu à un particulier de la marchandiſe, & que dans le marché qui en a été paſſé entr'eux ſous ſignature privée, il ne ſe trouve point de date, le vendeur peut être reçu à prouver par témoins que ce marché a été paſſé, & la marchandiſe livrée à l'acheteur durant le tems de la foire, pour jouir par lui du privilége accordé à ceux qui y trafiquent : par exemple, de la contrainte par corps ; & il y a lieu de ſoutenir qu'il doit être reçu à cette preuve, qui, en ce cas, n'eſt pas contraire à l'ordonnance.

9. Car, quand elle défend la preuve de ce qui ne ſe trouve pas rédigé par écrit dans l'acte, elle n'a entendu parler que des conventions qui en font partie, parce qu'ayant été libre aux contractans de les y comprendre, s'ils ne l'ont pas fait, elle préſume qu'ils les ont obmiſes à deſſein ; & elle ne veut pas qu'on les puiſſe ſuppléer malgré eux, par une preuve par témoins faite après coup. Mais à l'égard de la date de l'acte, ce n'eſt point une convention ; elle ne dépend pas même, en quelque ſorte, du fait des parties [*], puiſque, ſoit qu'elle ſoit exprimée ou

[*] Mais ſa preuve en dépendoit ; & il ne tenoit qu'à eux de ſe la procurer en la faiſant certifier par le contrat.

non, il eſt toujours vrai de dire qu'il y en a une, laquelle eſt certaine, quand l'acte a été une fois paſſé, & que, par conſéquent, ne s'agiſſant que de la vérifier, ce qui eſt un ſimple fait, la preuve par témoins en doit être reçue ; ce qui doit auſſi avoir lieu dans tous les autres contrats dont la date a été obmiſe, le contrat, tel qu'il eſt, tenant lieu, en quelque ſorte, en ce cas, de commencement de preuve par écrit [*].

10. Quant à l'expédient que donne Boiceau dans ce Chapitre, à l'effet de pouvoir obtenir la preuve par témoins d'une vente de beſtiaux qui n'a point été rédigée par écrit, c'eſt au juge à en uſer avec prudence ; car cet expédient eſt fort dangereux dans la pratique, ainſi qu'il a été ci-devant obſervé dans le Chapitre I.

[*] Cette déciſion ſouffre difficulté, dit M. Potier, *loco cit.* part. 4, ch. 2, art. 3, n. 761.

Je penſe même que la négative eſt beaucoup plus dans les principes de la matiere.

En effet, quoique la date de l'acte ne ſoit pas une convention, comme dit Danty, néanmoins elle détermine la qualité de la convention, & ſa légitimité ou ſon illégitimité en certains cas ; par exemple, ſi tel qui l'a ſouſcrite, étoit pour lors majeur & uſant de ſes droits, ou mineur & incapable de contracter : ſi donc on pouvoit admettre à la preuve par témoins de la date, on pourroit admettre à la preuve par témoins de la qualité de la convention ; ce qui eſt contre l'eſprit de l'ordonnance, qui, ſe défiant avec raiſon de l'intégrité de cette preuve, n'a pas voulu qu'elle pût être admiſe, lorſque la convention eſt aſſez importante pour excéder cent livres : *à part*, lorſqu'il s'agit de quelqu'autre qualité de la convention non moins importante, comme celle dont il eſt ici queſtion. C'eſt pour cela que l'ordonnance de 1735, art. 16 & 20, veut que les teſtamens ſoient datés, & déclare nuls ceux qui ne le ſeroient pas. On ne prétendra certainement pas que, dans ce cas, le défaut de date puiſſe être ſuppléé par la preuve teſtimoniale ; ce ſeroit contrevenir formellement à cette diſpoſition. Mais pourquoi l'ordonnance a-t-elle établi cette nullité, au lieu d'admettre la preuve teſtimoniale ? C'eſt, par la raiſon que nous venons de dire, que la date étant une partie eſſentielle de l'acte, puiſqu'elle détermine ſa qualité, on ne doit pas plus admettre à la preuve teſtimoniale de la date, que de l'acte même. La même raiſon doit faire déclarer nuls tous les autres actes qui ſont infectés du même vice. S. Chryſoſtome nous atteſte que cela avoit lieu de ſon tems dans le droit Romain. *Teſtamenta*, dit-il, *& tabulæ de nuptiis, de debitis, dequè reliquis contractibus, niſi in principio annos conſulum habeant præſcriptos vi ſuâ deſtituta ſunt ; ſi enim hæc ſuſtuleris, lucem ſuſtuleris, omniaque tenebris & grandi confuſione compleveris..... Præterea omne dati receptique negotium hâc eget cautione, & ubique menſes & annos & dies ſubſcribimus.*

Le contrat ne peut tenir lieu, en ce cas, de commencement de preuve par écrit ; car un commencement de preuve par écrit doit avoir quelque rapport à la choſe dont il ſert de preuve ; mais le contrat n'a aucun rapport, en ce cas, avec ſa date, rien qui conduiſe de l'un à l'autre, & qui puiſſe y avoir le moindre trait ; à moins qu'il ne renfermât certaines circonſtances, d'où l'on pût tirer quelques conſéquences relatives, comme s'il étoit ſigné de quelqu'un mort depuis, la date du contrat ſeroit certaine, au moins du jour de la mort de cette perſonne.

CHAPITRE X.

Des Quaſi-Contrats & Obligations qui procedent de Delit, ou Quaſi-Délit, & des Actes faits en jugement, & hors jugement.

SOMMAIRE.

1. *Les quaſi-contrats ne ſe rédigent point par écrit, & ainſi ne ſont ſujets à l'ordonnance.*
2. *Exemple dans celui qui a géré les affaires d'un abſent, ſans avoir ordre de lui.*
3. *Que la preuve par témoins n'eſt point néceſſaire en ce cas.*
4. *Diſtinction quand le mandataire agit par l'action* mandati, *ou par l'action* negotiorum geſtorum.
5. *Les obligations* ex maleficio, *ne ſont auſſi compriſes dans l'ordonnance, ni celles* ex quaſi-delicto, *ni celles où il y a dol.*
6. *Si les actes judiciaires doivent être rédigés par écrit.*
7. *Déciſion pour l'affirmative.*
8. *Preuve de cette déciſion par la loi & par l'uſage.*
9. *L'authentique* Niſi breves, C. de Sent. ex brevi recit. & l. Quoties. C. de Privil. Scho. *n'ont lieu en France.*
10. *Exception ſi les actes judiciaires ont été perdus par incendie, naufrage,* &c.
11. *Si les actes extrajudiciaires, comme les inſinuations, les offres & autres ſemblables, ſe peuvent prouver par témoins.*
12. *Raiſons pour l'affirmative.*
13. *Diſtinction ſur ce ſujet.*
14. *Quels actes extrajudiciaires ſe doivent prouver par écrit.*
15. *En quels cas il eſt indifférent qu'une choſe ſe faſſe* in formâ ſpecificâ, aut per æquipollens.
16. *Diſtinction entre les dénonciations qui ſe font à une tierce perſonne.*

17. *Explication de la maxime* Certus certiorari non debet.
18. *Si les actes que la loi n'ordonne point de rédiger par écrit, peuvent être prouvés par témoins.*
19. *Si les offres qui doivent être suivies d'une consignation en justice, doivent être rédigées par écrit.*

1. IL faut parler à présent des quasi-contrats, c'est-à-dire des obligations qui naissent de ce qu'on appelle un *quasi-contrat*, ou qui procedent de quelque délit ou quasi-délit; car il est évident par les raisons ci-dessus que l'ordonnance de Moulins n'y a point lieu, d'autant qu'un quasi-contrat ne se rédige point par écrit: autrement, s'il étoit écrit, ce seroit un contrat, & non pas un quasi-contrat, lequel peut obliger même les absens, & ceux qui ignorent le fait pour raison duquel ils sont obligés.

2. Par exemple, un ami prend soin des affaires de son ami absent, sans qu'il ait fait aucune convention avec lui, & qu'il y ait eu rien de rédigé par écrit, mais par un pur motif d'amitié, & dans le seul dessein de ménager ses intérêts. C'est pourquoi, par cette raison, la loi, comme on dit vulgairement, donne action contre l'absent, quoiqu'il n'ait pas consenti que cet ami se mêlât de ses affaires, si cet ami les a fait utilement.

3. Si donc cet ami étoit obligé nécessairement de prouver par écrit qu'il a géré les affaires de son ami, & que la preuve par témoins lui fût interdite, il s'ensuivroit que celui qui se mêle des affaires d'autrui, de bonne foi, seroit

---

1. LOQUENDUM nunc est de quasi-contractibus, qui scilicèt ex quasi-contractu, item ex maleficio vel quasi maleficio nascuntur; nam in his, hanc constitutionem locum habere non posse, perspicuum est, his rationibus: nempè, quasi-contractus scriptis concipi non solet, quià si scriberetur, contractus esset, & non quasi-contractus, cum gignatur ejusmodi obligatio contrà absentes & ignorantes.

2. *a* Exempli gratiâ, in negotio absentis gesto absque mandato, nulla est expressa conventio, nulla scripturæ interventio, sed sola amicitiæ & utilitatis contemplatio: *b* itaque hâc solâ ratione, actio, ob negotium utiliter gestum, contrà absentem, etiam non consentientem, à lege, non ab homine, conceditur, ut vulgatum est.

3. *c* Si ergo tantùm scriptis ille quasi-contractus negotiorum gestorum probari posset, non autem testibus, bonæ fidei gestor perpetuo affice-

a §. 1, *Inst. de oblig. quæ ex quasi cont.*

b *L.* 1, *ff. de Negot. gest.*

c *In Dict. l.* 1, & *l.* 2 & 3, §. *interdùm eod. l. Tutori*, & *l. ult. C. eodem*,

perpétuellement léſé ; & cela ſeroit cauſe que perſonne ne prendroit plus ſoin des affaires des abſens, & leurs intérêts ſeroient négligés ; ce qui eſt contre toutes les régles de l'équité, & contre les devoirs réciproques de la ſociété civile, autoriſés par les loix.

4. Car, lorſqu'un mandataire a une procuration expreſſe de celui pour lequel il agit, (lequel mandat nous avons ci-devant mis au rang des contrats par écrit,) & qu'il ne peut en rapporter l'acte ; en ce cas, il a encore un recours, qui eſt d'intenter l'action *Negot. geſt.* parce que la loi lui permet, en cette occaſion, d'agir par l'une & l'autre action ; car, s'il agiſſoit par l'action de mandat, il ne le pourroit faire ſans rapporter ſa procuration par écrit ; au lieu qu'en agiſſant par l'action *negotiorum geſtorum*, il pourra ſe ſervir de la preuve par témoins. Il faut dire la même choſe à l'égard d'un tuteur, d'un protuteur, & de tous les autres quaſi-contrats fondés ſur la ſeule équité.

5. Quant aux obligations qui naiſſent du délit, on ſçait aſſez qu'elles ne peuvent être compriſes dans cette ordonnance ; car, quand on commet un crime, on ne s'aviſe pas de le rédiger par écrit ; mais il ſe fait ſecrettement, & de nuit ; & c'eſt pour cela qu'en matiere criminelle, la preuve par témoins eſt reçue auſſi-bien que toute autre ſorte de preuve & de préſomption en toute ſorte de crimes, pour convaincre les coupables ; & il faut dire la même choſe dans toutes ſortes d'obligations qui naiſſent d'un quaſi-

---

retur damno, atque ob id, abſentis negotia manerent ſemper neglecta, contrà omnem juris æquitatem, & hominum ſocietatem, legibus noſtris introductam. *a*

a *Dict.* §. 1, *Inſt.* & *dict. L. primâ.*

4. Si enim mandatum expreſſum ſit (quod inter contractus ſcriptos ſuprà retulimus) & de mandato non conſtet, cautela eſt, ut mandatarius actione negotiorum utiliter geſtorum agat, quià utràque actione experiri poteſt : *b* nam ſi mandati ageret, nonniſi ſcriptis agere poſſet, ſed negotiorum geſtorum agendo, teſtibus tunc uti poterit. Idemque in tutore, vel protutore, cæteriſque quaſi-contractibus ſolâ juris æquitate naſcentibus. *c*

b *L. Si mandatum, C. de Neg. geſt. & l.* 3, §. *Apud Marcellum, ff. eod.*

5. Quòd autem ad obligationes ex maleficio naſcentes, ſatis vulgatum eſt eas hâc lege non comprehendi, quià ſcriptis delinqui non ſoleat, imò clam, vel noctu, vel in latebris, ut plurimùm, graſſentur flagitioſi : quæ ratio eſt, cur teſtibus, omnique alio probationum & præſumptio-

c §. 2, *Inſt. de oblig quæ ex quaſi-cont. L.* 1, §. *Pro tutore, ff. de eo qui pro tu.*

délit,

délit, parce que le délit & le quaſi-délit ſe réglent par les mêmes loix. Bien plus, cela doit avoir lieu dans tous les cas où il y a eu du dol, & de la ſurpriſe commiſe de deſſein prémédité, même en matiere civile, leſquels méritent d'être punis par la loi; car dans tous les cas, toute ſorte de preuve doit être permiſe, comme il réſulte aſſez clairement des diſpoſitions que les loix ont faites contre ce qu'elles appellent *maléfices*. Il doit donc demeurer pour maxime certaine, que cette ordonnance n'a point lieu, ſi ce n'eſt dans les obligations qui naiſſent des contrats ou conventions expreſſes, & non pas dans les obligations qui naiſſent des quaſi-contrats, ou de celles qui naiſſent d'un délit, ou quaſi-délit.

6. Mais que dirons-nous à l'égard des actes & procédures qui ſe font en juſtice, durant le cours d'un procès entre deux parties? Ne ſe pourront-ils pas prouver par témoins, ſans qu'il ſoit néceſſaire de les rédiger par écrit? ce qui ſemble devoir être décidé ainſi, parce que, quoique la ſentence intervienne malgré l'une des parties, néanmoins il eſt certain que nous contractons en quelque ſorte en jugement: or nous avons déja dit que cette ordonnance n'a point lieu dans les quaſi-contrats, d'où il s'enſuit que les actes de la procédure, & les jugemens qui interviennent, peuvent être prouvés par témoins.

---

num genere convinci poſſint, in quâcumque criminum & ſcelerum ſpecie. Et idem dicendum in omnibus obligationibus ex quaſi-delicto naſcentibus, cùm eadem ſit ratio, quæ in delictis. *a* Imò & idem in omnibus doloſis, vel dolosè, in re etiàm civili ſciènter commiſſis, legis coërcitionem merentibus; nam hæc omnia quoquo genere probationum deprehendere licet, ut ex tractatu quaſi maleficiorum ſatis vulgatum eſt. Firma ergò manebit hæc concluſio: conſtitutionem hanc nonniſi in obligationibus ex contractu expreſſo naſcentibus, atque in pactis expreſſis, locum ſibi vindicare poſſe; non autem in quaſi-contractibus, aut ex delicto, ſeu quaſi, naſcentibus.

a *Toto tit. Inſt. de obl. quâ ex delict. vel quaſ.*

6. Sed quid in actibus qui in judicio, & in ordine judiciorum quotidiè fiunt inter litigantes, nunquid teſtibus probari poterunt, adeò ut ex neceſſitate ſcribi non debeant? Quod videretur dicendum, eò quòd in judicio, quàmvis in invitum reddatur, *b* tamen quaſi-contrahere dicamur: *c* atqui jam probatum eſt hanc noſtram conſtitutionem, in quaſi-contractibus locum non habere, ergò teſtibus proceſſus & judicia probari poterunt.

b *L. Inter ſtipulantem.* §. 1, *ff. de verb. oblig.*

c *L. Licèt*, §. *Idem ſcribit. ff. de Pec.*

7. Je crois néanmoins l'opinion contraire plus véritable.

8. Car il eſt vulgaire en droit, que les ſentences n'ont force de choſes jugées que quand elles ſont rédigées par écrit. C'eſt pourquoi celui qui dit que la cauſe a été conteſtée, ou qu'il y a eu ſentence interlocutoire ou définitive, doit le prouver par écrit. Que les juges, dit Juſtinien, prononcent leurs ſentences aux parties, ainſi qu'ils les auront écrites eux-mêmes ſur leurs tablettes: de-là vient qu'en ce royaume, dans tous les tribunaux, on a coutume d'écrire d'abord la minute de la ſentence ſur le papier, pour enſuite la prononcer aux parties, laquelle ſentence s'appelle en françois le *dictum*, & en droit *breviculum*, ainſi que dit Alciat, & autres auteurs modernes qui ſe ſont appliqués à rechercher la ſignification des mots de la langue latine; & il en eſt de même de toutes les autres procédures dont on ſe ſert, ſoit en cauſe principale, ou en cauſe d'appel; car il eſt certain que tous ces actes ne ſe peuvent prouver que par écrit, afin qu'il ne ſe faſſe point d'illuſion à juſtice; ce qui arriveroit s'il étoit permis de prouver par témoins ce qui s'eſt fait en juſtice, même dans les plus petits procès.

9. Ainſi j'eſtime que la Conſtitution de Juſtinien, ni celle d'Arcadius, qui ne vouloient pas qu'on fît aucun acte par écrit dans les procès de peu de conſéquence, ne ſont d'aucun uſage parmi nous.

---

7. Contrarium tamen verius eſſe puto.

8. Nam judicia non niſi ſcriptis authoritatem habere, ſatis in jure vulgatum eſt : *a* ideòque qui litem conteſtatam aſſerit, item qui ſententiam, ſeu interloquutoriam, ſeu definitivam, latam fuiſſe contendit, hæc nonniſi ſcriptis probare poteſt. Judices enim (inquit Imperator) *b* ſententias ſcriptas ex libello partibus legant. Hinc fit ut apud omnes hujus regni judices ſumma ſententiæ, quâdam brevi chartâ primò ſcribatur, ut partibus recitetur, quæ verbo Gallico, *dictum* nuncupatur, & jure noſtro *breviculum*, ſecundùm Alciatum, *c* & alios modernos latinitatis ſtudioſiores, *d* Idemque in omnibus aliis actibus, qui vel in primo, vel in ſecundo judicio per viam appellationis exerceri ſolent; nihil enim ſinè ſcriptis probari poſſe certum eſt, ne in judiciis illuſio inducatur, ſi, de rebus pro tribunali geſtis, teſtibus contendere liceat, quantumcunquè breves ſint lites.

9. Ideoquè puto Novellam Juſtiniani, *e* quæ vult liticulas ſine ſcriptis expediri poſſe, & imperatoris Arcadii legem, *f* quæ idem ſentiebat, locum inter nos habere.

a *L. Ne in arbitri, ff. de Recept. arbit.*

b *L. 2, C. de Sent. ex brevit. recis.*

c *Lib. 1, diſp. cap. 16.*

d *Ad dict. Vit. de ſent. ex brev. rec.*

e *Auth. Niſi breves, C. cod.*

f *L. Quoties. §. Sed ſi talis, de pœnit. ſchol. lib. 12, Cod.*

10. J'en excepte néanmoins un cas, ſçavoir ſi les procédures ont été perdues, ſoit par un incendie, une ruine, un naufrage, ou par quelque autre cas fortuit ; car, en ce cas, je crois qu'on peut prouver cette perte par témoins, &, par conſéquent, prouver auſſi la teneur des ſentences qui avoient été rendues, parce qu'en permettant l'un, on eſt cenſé permettre l'autre, & cela par les mêmes raiſons par leſquelles nous montrerons dans la ſuite que la preuve par témoins eſt recevable, à l'effet de prouver la perte des titres & papiers, d'autant que les cas fortuits ne dépendent point du fait des hommes, & ne peuvent être prévus ; & c'eſt pourquoi la loi les diſtingue des autres contrats, comme nous l'expliquerons, dans la ſuite plus au long.

11. Mais que dirons-nous des actes qui ne ſe font pas en la préſence du juge, mais hors l'audience, comme les inſinuations, les offres, proteſtations, les certifications, (ou affirmations,) & autres actes ſemblables que nous faiſons en juſtice pour faire apparoir de nos diligences requiſes par la loi, dont il eſt fait mention en pluſieurs endroits par l'ordonnance & par les coutumes ; s'il s'agit de plus de cent livres, la preuve par témoins en ſera-t-elle reçue ?

12. Ce qui ſemble devoir être ainſi, parce que tous ces actes ne ſont pas mis au nombre des contrats, & qu'ils

---

10. Excipio tamen unum caſum, ſcilicet ſi incendio, ruinâ, naufragio, aut alio caſu fortuito, judiciales actus perierint : hanc enim amiſſionem, teſtibus probari poſſe puto, & conſequenter, rerum judicatarum tenorem, quia uno permiſſo, aliud ex eo neceſſariò conſequens ſequitur, iiſdem rationibus quibus infrà inſtrumentorum amiſſionem teſtibus probari poſſe docebimus : cùm fortuitorum caſuum ratio, in hominum poteſtate conſtituta non ſit, & prævideri non poſſit, *a* ideòque à contractuum ratione ipſo jure diſtingui ſoleant, *b* ut infrà latiùs diſputabitur.

11. Sed quid in actibus qui extrà judicium, & non pro tribunali fieri ſolent ? ut ſunt inſinuationes, oblationes, teſtationes, certificationes, & alii ſimiles actus, qui ad teſtandam diligentiam fieri ſolent, lege præcipiente, de quibus variis legibus, cùm municipalibus, tùm civilibus fit mentio : *c* Nunquid ſi plus quàm de centum libris agatur ſolis teſtibus probari poterunt ?

12. Quod videretur, cùm inter contractus non dinumerentur, & mu-

a *L. Quæ fortuitis, C. de Pign. actione.*

b *L. Contractus de reg. jur.*

c *L. Acceptam, C. de Ujur. l. Neſſennius, ff. de Negot. geſt.*

ne ſe font pas d'ordinaire du conſentement des deux parties : or eſt-il que dans cette ordonnance, il n'eſt parlé que des contrats & des conventions qui ont coutume d'être rédigées par écrit, & qui produiſent une obligation & une action, ſuivant la diſpoſition de la loi.

13. Sur cette queſtion néanmoins, je crois qu'il faut diſtinguer aïnſi ; car où il s'agit d'actes que l'ordonnance veut que l'on rédige par écrit, & qui doivent être expédiés en forme, comme ſont

14. Les inſinuations en matiere eccléſiaſtique, par l'ordonnance (de 1550,) & leſquelles doivent être faites devant les greffiers des inſinuations eccléſiaſtiques ; les inſinuations & enſaiſinement des contrats de vente, qui doivent être mis ſur un regiſtre, ſuivant la coutume des lieux, avec de certaines formalités, comme en celle de Poitou, art. 160, & 347 ; les actes de priſe de poſſeſſion, que les acquéreurs ſont tenus de prendre devant un notaire & des témoins, comme il ſe pratique en la coutume de Tours, & en celle d'Anjou ; les inſinuations des donations, & autres actes ſemblables qui doivent être rédigés par écrit ; en ce cas j'eſtime que la preuve s'en doit faire par écrit, & en forme, & non par quelqu'autre moyen équipollent.

15. Car, quoiqu'il n'importe, pour l'ordinaire, qu'une

---

tuo conſenſu contrahentium fieri non ſoleant : atqui hæc regia ſanctio nonniſi de contractibus & pactionibus fieri ſolitis loquitur ; & ex quibus obligatio & actio à legibus *a* conceditur.

13. Super hâc tamen quæſtione, puto ita diſtinguendum. Aut loquimur de actibus, qui à lege præcipiuntur ſcribi ex præſcriptâ ſolemnitate, ut ſunt :

14. Omnes inſinuationes beneficiariæ, quæ conſtitutione regiâ, *b* apud actuarios eccleſiaſticos inſinuari jubentur : item inſinuationes emptionum & venditionum, quæ jure municipali regeſtum graphicum deſiderant, certâ formâ à lege præſcriptâ ut habet noſtra Pictonum conſuetudo : *c* item in poſſeſſionibus, quas quæſitores per notarium & vicinos teſtes capeſcere tenentur, ut apud Turodes, *d* & Andios : *e* item in omnibus donationum inſinuationibus, *f* & in aliis ſimilibus rebus, quæ pro expreſſâ formâ ſcripturam deſiderant : tunc puto probationem fieri debere in formâ ſpecificâ, ſcilicet per ſcripturam, & non per æquipollens.

15. Nam tametſi non refert quid ex æquipollentibus fiat : *g* Hoc de

a *L. Arrianus, ff. de act. & obl. L. Juris gentium, ff. de Pact.*

b *Henric. II, ann. 1550, menſ. Junii.*

c Art 320, tit. des Retr. lignag.

d *Tit. de Retract. art.* 160.

e Tit. des Retr. lignag. art. 347.

f *L. Data jampridem, C. de Donat.*

g *L. Si mater, C. de Inſt. & ſubſt. L. 4, ff. Qui petior.*

choſe ſe faſſe ſuivant la forme ordinaire, ou par quelque choſe d'équipollent, cette maxime ne doit s'entendre qu'à l'égard des formalités legeres, & qui ne ſont pas de l'eſſence du contrat; ce qui ſe doit entendre particuliérement des ſolemnités requiſes par la coutume ou par la loi, leſquelles ſont de droit étroit, comme Bartole l'explique aſſez au long, & après lui le docte Pierre Rat, ſur notre coutume de Poitou.

16. Ce qui a lieu, notamment dans les dénonciations qui ſe font, non-ſeulement pour donner à quelqu'un la connoiſſance d'une choſe, mais auſſi à l'effet de mettre une perſonne en demeure de faire quelque choſe à laquelle il eſt obligé de ſatisfaire, ſuivant la loi, comme l'inſinuation & l'enſaiſinement du contrat de vente, pour avertir le lignager d'uſer du retrait, ſi bon lui ſemble, ou pour l'en exclure, s'il n'en uſe pas dans le tems marqué par la coutume; car, en ce cas, il faut qu'il apparoiſſe de l'enſaiſinement ou inſinuation du contrat de vente, quand même le retrayant auroit pu avoir connoiſſance de la vente par quelqu'autre voie, comme il a été ſouvent jugé, à quoi ſe rapporte la diſtinction de Bartole: Celui qui eſt averti, ne doit pas être averti derechef.

17. Car, dit Bartole, cette maxime n'eſt véritable que quand la dénonciation doit être faite ſimplement, pour avertir & pour donner connoiſſance d'une choſe à quelqu'un, & non pas quand cette dénonciation eſt requiſe,

---

levibus tantùm, & non de ſubſtantialibus ſolemnitatibus intelligi debere ſemper concluſum fuit : *a* quod maximè de his ſolemnitatibus à lege municipali præſcriptis intelligi debet, quæ ſtricto jure tractari ſolent, ut ſatis abundè diſtinguit Bartolus, *b* cùm de ſtatuto loquitur, & poſt eum doctus noſter Petrus Rat diſcuſſit eleganter in Pictonum conſuetudine.

16. *c* Et maximè in his inſinuationibus & denunciationibus, quæ non ad ſimplicem ſcientiam fiunt, ſed ut ex eis aliquid fieri debeat, ut ſunt inſinuationes, quæ fiunt ad monendum conſanguineum, ut jure Gentilitio utatur vel excludatur : in his enim, ſolemnis & ſcripta teſtificatio requiritur, tametſi conſanguineus certus eſſe poſſit, ut ſæpè ſæpiùs judicatum fuit. Ad hæc facit ſingularis Bartoli diſtinctio circà vulgarem juris theoricam, Certus certiorari non debet.

17. *d* Ait enim Bartolus, *e* illùd verum eſſe, ſi ad ſimplicem tantùm ſcientiam fieri debeat denunciatio : at ſi non tantùm ad ſimplicem ſcientiam, ſed ut aliquid ex eâ certificatione fieri intrà certum tempus debeat,

a *L. fin. C. de His qui ve. ætat. impetr. L. Sancimus C. de Nupt.*

b *In L. 1, §. Sed ſi plures. ff. de exercit. & in l. Cùm hi, §. Si prætor. ff. de Tranſ. & in l. Gallus de lib. & poſth.*

c *Art. 233. in rubric. de ret. lignag.*

d *L. Nemo videtur fraudare. de Reg. jur. l. 1, §. Si intelligatur, ff. de Adol. edict. L. Et ſi legibus, C. de Epiſc. audient.*

e *In l. 1, §. fin. ff. de Act. empt.*

afin que celui à qui elle eſt faite, ſoit tenu, de ſa part, de faire quelqu'autre choſe; car, en ce cas, il doit faire une dénonciation ſolemnelle, ſuivant la forme preſcrite par la loi, laquelle diſtinction Bartole ſemble avoir priſe d'Ulpien; & elle a toujours été en uſage parmi nos praticiens.

18. Où il s'agit d'actes qu'on n'eſt point tenu par aucune loi de rédiger par écrit, mais que l'on eſt obligé de faire néanmoins, pour juſtifier de la diligence, ou pour purger la demeure, comme des offres réelles ou verbales que l'on doit faire pour empêcher le cours des intérêts, deſquelles offres il eſt ſouvent parlé en droit; & j'eſtime que ces offres, déclarations ou proteſtations ſe peuvent prouver par témoins, & ne ſont point compriſes dans cette ordonnance, parce qu'elles n'approchent en rien de la nature des contrats, comme il vient d'être dit;

19. Si ce n'eſt au cas, par exemple, qu'il fallût en conſéquence de ſes offres, conſigner ou dépoſer quelque choſe au greffe, ou ailleurs, ſuivant la loi; car, en ce cas, attendu que la conſignation & le dépôt tiennent lieu d'un contrat entre le conſignant, & celui au profit de qui la conſignation eſt faite, il ne faut point douter que l'acte qui contient ces offres, ne ſoit ſujet à cette ordonnance, parce que la conſignation, auſſi-bien que le ſequeſtre, renferment une obligation réciproque; & ce que deſſus, ſuffira pour les actes extrajudiciaires.

---

tunc expreſſa & ſolemnis certificatio, ſolemnitate à lege præſcriptâ, fieri debet. Quæ diſtinctio ab Ulpiano, *a* deſumpta videtur, & inter noſtros forenſes ſemper obſervata.

a *In L. denunciaſſe, ff. ad Leg. Jul. de Adulter.*

18. Aut verò de actibus qui à lege ſcribi non præcipiuntur, ſed ad exhibendam qualem qualem diligentiam, vel purgandam moram, fieri ſolent à partibus, ut de obligationibus realibus, vel verbalibus, quæ fiunt, ne currant uſuræ, de quibus in jure ſæpè agitur: *b* & puto has ſimplices oblationes, declarationes, ſeu proteſtationes teſtibus probari poſſe, legique huic non ſubjacere, quòd contractûs ſpeciem non referant, ut jam dictum eſt.

b *L. Acceptam, & ibi not. C. de Uſ.*

19. Niſi forsàn oblatio conſignationem aut depoſitum deſideret in judicio, aut in æde ſacrâ, aut alio loco à lege præſcripto; nam hoc caſu cùm conſignatio & depoſitum inter deponentem & recipientem contractum faciant, non dubium eſt, huic legi talis oblationis actum ſubjacere debere, eò quòd ſequeſtratio & conſignatio mutuam obligationem habere videantur. *a* Et cum his, ſit expedita quæſtio de actibus extrà judicium faciendis.

c *L. Ei apud quem, §. 1, ff. Dep. not. in l. Sequeſte, ff. de verb. Signif. & in cap. 2, ext. de Sequeſt. poſſ. & fruct. l. Si rem, §. ult. ff. de præſ. verb.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE X.

SOMMAIRE.

1. *Explication des quatre matieres de ce Chapitre.*
2. *A l'égard des quaſi-contrats, l'ordonnance n'y a point lieu; & pourquoi?*
3. *Si celui qui a géré les affaires d'un abſent, eſt recevable à la preuve par témoins de ſes avances. Raiſons de douter.*
4. *Cas auquel on peut lui accorder la preuve par témoins.*
5. *Deux cas qui peuvent faire difficulté. 1° Quand il s'eſt immiſcé dans les affaires de l'abſent, pour en profiter.*
6. *2° Quand celui qui a commencé de gérer, a continué ſa geſtion, malgré celui dont il géroit les affaires.*
7. *Autre cas dans lequel la preuve des avances faites par un autre eſt permiſe.*
8. *De ceux que la loi préſume n'avoir pas eu deſſein de répéter les avances qu'ils ont faites.*
9. *Des avances faites par les tuteurs & curateurs.*
10. *Diſtinction à l'égard des protuteurs.*
11. *Des avances de ceux qui n'ont point contracté enſemble; & qui ont des effets communs à partager.*
12. *Des gageures, & de quelle maniere elles ſe faiſoient à Rome, & en quels cas elles étoient permiſes.*
13. *Elles n'étoient obligatoires que quand le prix étoit diſpoſé en main tierce.*
14. *Quelle action avoit lieu en matiere de gageure, ſelon M. Cujas.*
15. *Opinion de Loiſeau ſur ce mot* ſponſiones. *Différence entre* ſponſio judicialis, & ſponſio ludicra.
16. *Différence de la gageure de Cléopatre contre Marc-Antoine, avec celle que fit Aſclépiade, médecin, contre la fortune.*
17. *Ce que c'eſt qu'un pacte conditionnel, & quel eſt ſon effet.*
18. *Si les gageures ſont obligatoires parmi nous.*
19. *Si elles ſont licites. Raiſons & autorités pour l'affimative.*
20. *Des conditions qui rendent les conventions uſuraires.*

21. *Si la gageure eſt pour choſe illicite, elle n'eſt point obligatoire.*

22. *Les gageures ſont défendues en pluſieurs pays. Ce qui s'obſerve en Flandres ſur ce ſujet.*

23. *En quels cas les gageures ſont obligatoires en France; Arrêt ſur ce ſujet.*

24. *Cas où la preuve par témoins peut être demandée en ce cas.*

25. *Si cette preuve eſt admiſſible contre celui qui dénie que la choſe gagée lui a été remiſe entre les mains.*

26. *La preuve par témoins eſt admiſe dans les delits & quaſi-délits.*

27. *De l'incertitude de la dépoſition des témoins dans les cas imprévus.*

28. *De la preuve par témoins, des ſévices du mari contre ſa femme, & dans les recelés.*

29. *Des jeux de hazard dont Boiceau n'a point parlé.*

30. *De l'utilité du jeu en général. Sentiment de Cicéron & d'Ariſtote ſur ce ſujet.*

31. *Il y a des jeux permis, & des jeux défendus. L'art. 59 de l'ordonnance de Moulins défend les jeux de hazard.*

32. *Le droit Romain ne donnoit point d'action à celui qui avoit gagné au jeu, pour ſe faire payer.*

33. *Conſtitution de Juſtinien ſur ce ſujet, qui permet cinq ſortes de jeux, fort difficiles à expliquer.*

34. *Des loix* Titia, Publicia, & Sumptuaria.

35. *Jeux de hazard défendus auſſi aux eccléſiaſtiques.*

36. *Si l'argent gagné aux jeux de hazard eſt acquis légitimement.*

37. *Les théologiens & les juriſconſultes partagés ſur cette queſtion. Sentiment de Péréſius.*

38. *Sentiment de Guymier ſur la pragmatique, qui diſtingue trois ſortes de jeux.*

39. *Cas dans leſquels Guymier décide que celui qui a gagné l'argent au jeu, doit le reſtituer.*

40. *Quatre cas dans leſquels Guymier remarque que celui qui a prêté de l'argent à un autre pour jouer, ne peut le répéter.*

41. *Sentiment de Corſerius, Capellæ Tholoſanæ, Déc.* 194, *& d'Aufrerius.*

42. *Sentiment de Cacialupus, de Décius, & de Covarrurias, rapportés*

rapportés par Menochius, de Brunemannus, de Joan. Faber, de Rebuffe.

43. *Ordonnances qui ont défendu en France les jeux de hazard, art. 59 de l'ordonnance de Moulins, & de l'ordonnance de 1629.*

44. *Quand la preuve par témoins eſt recevable en matiere de jeux; & de l'argent pris & volé au jeu.*

45. *De l'argent perdu au jeu par le mineur; ſi les lettres de reſciſion ſont néceſſaires en ce cas.*

46. *De l'argent perdu au jeu par des majeurs.*

47. *De la preuve de la fraude faite au jeu.*

48. *De celui qui a joué à crédit, & qui a perdu.*

49. *De l'argent gagné aux jeux permis.*

50. *Des promeſſes conçues pour argent gagné aux jeux permis, & ſans fraude entre majeurs.*

51. *De la fraude commiſe en jouant à un jeu permis.*

52. *Si on arricule qu'on a joué plus gros jeu.*

53. *De ceux qui perdent, & de ceux qui prêtent de l'argent à ceux qui jouent.*

54. *Si c'eſt un mineur qui a parié, ou qui a prêté de l'argent à un majeur pour jouer.*

55. *Si c'eſt un mineur qui a prêté à un majeur.*

56. *Si un majeur a prêté à un mineur.*

57. *Si le mineur a gagné au jeu, & n'a pas été payé.*

58. *Si un majeur peut demander à faire preuve par témoins, qu'un mineur l'a gagné au jeu par fraude.*

59. *Si un majeur articule qu'il s'eſt laiſſé gagner au jeu par complaiſance pour un autre, ou qu'il a été induit à jouer.*

60. *Si le jeu de paume eſt un jeu permis. Arrêt ſur ce ſujet.*

61. *Si la preuve par témoins eſt permiſe. Des faits de force & de violence.*

62. *Si elle eſt reçue des actes de la procédure, quand ils ne ſont pas rapportés.*

63. *Diſtinction au ſujet des offres.*

64. *Uſage de la preuve par témoins en Arragon, où elle eſt défendue contre un acte par écrit.*

65. *Cette preuve n'y eſt point reçue, quand il s'agit d'une exception qui va à retarder la conteſtation en cauſe.*

66. *Différence en ce pays, à l'égard des exceptions péremptoires.*

67. *Uſage de Milan, concernant le même ſujet.*

1. BOICEAU traite quatre choſes dans ce Chapitre, ſçavoir des quaſi-contrats, des délits & quaſi-délits, des actes & procédures qui ſe font durant le cours d'un procès, & des actes qui ſe font hors jugement. Il faut examiner ces quatre choſes, ſuivant le même ordre.

2. Premiérement, à l'égard des quaſi-contrats en général [*], il eſt certain que l'ordonnance de Moulins, ni celle de 1667 n'y doivent point avoir lieu, parce que ces deux ordonnances n'ont exclu la preuve par témoins, qu'à l'égard des conventions expreſſes qui ſe rédigent par écrit; au lieu que les quaſi-contrats ſe font toujours ſans écrit. L'exemple que donne Boiceau d'un quaſi-contrat, eſt celui qui naît entre un abſent, & celui qui a géré ſes affaires utilement, quoiqu'à ſon inſçu. Il eſt conſtant dans l'uſage, que cette perſonne peut demander à prouver par témoins quelles affaires elle a faites pour cet abſent, ſi elle n'en a pas la preuve par écrit, & que cet abſent le dénie.

3. Mais on peut demander, ſi celui qui a géré ſera reçu à prouver par témoins les avances qu'il a faites pour cet abſent; ſur quoi il faut remarquer que, quoique la loi donne action à celui qui a géré utilement les affaires de l'abſent, elle ne lui a pas donné pourtant une action indéfinie pour répéter toutes ſes avances; car, 1° elle requiert que l'affaire ait été gérée utilement; 2° que celui qui l'a gérée, rende raiſon de ſon adminiſtration: Par exemple, qu'il tienne compte de l'argent qu'il peut avoir reçu pour cet abſent. 3° Elle ne veut pas qu'on lui alloue rien au-delà de ce qu'il devoit raiſonnablement avancer dans l'affaire qu'il a gérée. 4° S'il a fait même quelque avance utile, elle ne lui en accorde pas toujours le rembourſement, ſoit quand elle juge que l'abſent n'auroit pas fait lui-même cette dépenſe, ou qu'il n'auroit pas dû la

L. Si quis abſentis, D. negot. geſt. §. Et ſanè, eâd. Lege. Eod. §. L. 7, ibid. Quid enim ſi eam inſulam fulſit quam dominus quaſi impar ſumptui dereliquerit, l. alimenta. C. de neg. geſt. l. 5; l. 13, ibid.

[*] On appelle quaſi-contrat, le fait d'une perſonne permis par la loi, qui l'oblige envers un autre, ou oblige une autre perſonne envers elle, ſans qu'il intervienne aucune convention entre elles.

faire, par rapport à ſes facultés, ou quand il y a lieu de préſumer que celui qui a fait cette avance, l'a faite gratuitement, & dans le deſſein de ne la point répéter, ou quand il y a quelqu'autre raiſon de lui en refuſer le rembourſement.

4. De-là il s'enſuit qu'il y a des cas où la preuve par témoins des avances doit être admiſe, ſçavoir dans ceux où la loi a donné action pour les répéter, & des cas où elle ne ſeroit pas admiſſible, parce qu'elle ſeroit inutile; ainſi, quand l'affaire n'a pas été entrepriſe ni gérée utilement pour l'abſent, on ne peut demander à faire la preuve par témoins des avances, puiſque quand elles ſeroient prouvées, l'abſent ne ſeroit pas tenu de les rembourſer, puiſque même celui qui s'immiſce dans les affaires d'un autre, eſt tenu de la plus exacte diligence, & reſponſable de l'événement, pour peu qu'il y ait de ſa faute; mais quand l'affaire a été gérée utilement, en ce cas, la preuve par témoins doit être admiſe, quoique celui qui les a faites, n'en ait aucun commencement de preuve par écrit, parce que perſonne ne doit s'enrichir du bien d'autrui, notamment ſi l'affaire ne s'eſt pu faire ſans faire les avances.

§. Sicut, Inſt. de ob. quæ quaſi ex contractu.

5. Il y a deux cas dans la loi, qui peuvent néanmoins faire difficulté.

Le premier eſt quand celui qui a géré les affaires d'un autre, ne s'y eſt immiſcé manifeſtement que pour en profiter par de mauvaiſes voies; car il ſemble qu'il n'eſt pas recevable à demander ſes avances en ce cas, parce que, comme dit la loi, il a plutôt fait ſes affaires propres que celles de l'abſent, & que d'ailleurs, la preuve par témoins pourroit paſſer pour ſuſpecte de la part d'un homme reconnu pour être de mauvaiſe foi, lequel pourroit encore ſuborner des témoins pour ſe faire rendre des avances qu'il n'auroit pas faites: cependant la loi, même dans ce cas, lui donne une action pour répéter ſes avances, quand elles ont tourné au profit de l'abſent; ce qu'elle ne lui accorde pas, à la conſidération de ſa geſtion: au contraire, elle le prive de celles qu'il a faites, ſi l'abſent n'en a pas profité, mais ſeulement parce qu'il eſt de l'équité naturelle, comme il vient d'être dit, que perſonne ne s'enrichiſſe du dommage d'autrui. En droit Romain, cette

Qui enim deprædandi cauſâ accedit, ſuo lucro non meo commodo ſtudet, l. item, D. neg. geſt.

Ipſe tamen ſi circà res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abeſt quiâ improbè ad negotia mea acceſſit, ſed in quod ego locupletior factus ſum, habet contrà me actionem.

preuve ſe pouvoit faire par témoins ; & parmi nous, l'ordonnance ne l'a point défendue en ce cas : puiſqu'elle ne parle point des quaſi-contrats, qui ne ſont pas de véritables conventions, elle doit donc être permiſe. Mais, parce qu'elle eſt ſuſpecte de la part de cette perſonne, elle ne doit être accordée que dans le cas où il paroît manifeſtement qu'il a fait des avances utiles ; car il n'eſt point favorable, à cauſe de la mauvaiſe volonté qu'il a eu de profiter injuſtement de ſon adminiſtratiion ; ce qui doit être laiſſé à la prudence du juge.

6. L'autre cas eſt, lorſque celui qui a commencé de gérer, a continué ſa geſtion, nonobſtant les défenſes qui lui ont été ſignifiées de la part de celui que cette affaire regardoit. La loi derniere, au Code, diſtingue en cette occaſion, & ne lui donne point d'action pour les frais qu'il a avancés, (quoiqu'utilement) depuis que ces défenſes lui ont été connues ; mais elle dit qu'il a action pour ceux qu'il a faits utilement auparavant ces défenſes, deſquels, par conſéquent, la preuve eſt admiſſible. Il faut auſſi remarquer que la loi ne requiert pas même que ces défenſes lui ſoient ſignifiées par écrit : il ſuffit qu'elles lui ſoient faites verbalement, d'où on peut inférer que, s'il dénie qu'elles lui aient été faites, celui qui les a fait faire, ſera reçu à le prouver par témoins, ſuivant cette loi qu'on peut appliquer à notre uſage, puiſque l'ordonnance n'a point lieu dans les quaſi-contrats [*].

Si quis nolente, l. 24, C. de neg. geſt.

Sed ex quo ea teſtatio ad eum facta eſt vel in ſcriptis vel ſinè ſcriptis.

7. On peut auſſi conclure de cette loi, que ſi l'abſent, dont un autre a géré les affaires, dénie frauduleuſement les avances que cette perſonne a légitimement faites pour lui, la preuve par témoins en eſt admiſſible, même quoiqu'elles excedent cent livres, parce qu'il ne s'agit pas en cela de la preuve d'une convention, comme il a été dit ; & néanmoins le motif général de l'ordonnance étant de prévenir la ſubornation des témoins dans le cas où elle

[*] Si la preuve par témoins peut être admiſe de ces défenſes, la raiſon n'en eſt pas que l'ordonnance n'a pas lieu dans les quaſi-contrats ; car il ne s'agit pas en ceci de quaſi-contrat : ces défenſes n'ont aucun rapport avec l'obligation du quaſi-contrat. Il eſt certain après tout, que le plus ſûr eſt de les conſtater par un acte par écrit, & qu'il y a des circonſtances où la preuve par témoins de ces défenſes ne ſeroit pas propoſable, comme s'il s'agiſſoit d'avances conſidérables.

pourroit être plus aiſement pratiquée ; il ne faut pas auſſi l'accorder indiſtinctement au préjudice d'un abſent, dont les biens ſont ſous la protection de la loi, & en quelque ſorte expoſés en proie durant ſon abſence, de crainte de donner occaſion à ceux qui s'entremettent de leurs affaires, de ſuppoſer des dépenſes au-delà de celles qu'ils ont faites, dans l'eſpérance de pouvoir les prouver, en ſubornant des témoins ; outre que celui qui les a gérées doit s'imputer d'avoir négligé de prendre des ſûretés dans une occaſion où il étoit comptable de ſon adminiſtration [*]. En un mot, ſi ces affaires ne ſe ſont pu faire ſans avancer de l'argent, & que les avances ſoient utiles, la preuve en peut être permiſe, ſuivant les circonſtances ; ce qui doit avoir lieu, à plus forte raiſon, ſi celui qui a géré a tenu un regiſtre exact de ce qu'il a fait, & de ce qu'il a reçu & dépenſé pour l'abſent ; car, quoique ce journal ne puiſſe paſſer, en ce cas, pour une preuve par écrit à ſon profit : *Quia nemo ſibi adſcribere poteſt;* néanmoins c'eſt une préſomption de ſon exactitude & de ſa bonne adminiſtration, qui le rend favorable.

8. Quant à ceux que l'on peut préſumer avoir eu deſſein de donner ou d'avancer gratuitement, & ſans répétition, leurs avances pour les abſens auxquels ils étoient unis par la parenté, & dont ils ont géré les affaires, comme une mere à l'égard de ſon fils, la loi veut qu'ils aient intenté action durant leur vie pour les répéter, ſinon leurs héritiers ne ſont pas recevables à prouver par témoins, qu'ils ont eu deſſein de l'intenter. Les loix 1, 5, 13 & 15 du Code, *de negot. geſt.* ſont toutes dans l'eſpece de ceux qui avoient intenté cette action de leur vivant ; d'où on doit conclure que le ſilence de ces ſortes de perſonnes eſt une fin de non-recevoir contre leurs héritiers, parce qu'il confirme la préſomption de la loi, (*que ſi elles euſſent vécu, elles ne les euſſent point répétées ;*) & quoique cette préſomption ne ſoit pas du nombre de celles de droit, &

[*] S'il eſt queſtion de réparations, il doit produire les quittances des ouvriers qui les conſtatent. Dans tous les autres cas ſemblables, où il a pu avoir des preuves par écrit, j'aurois de la peine à lui accorder la preuve teſtimoniale, qui pourroit être trop favorable à un adminiſtrateur de mauvaiſe foi. Au reſte, il ne peut s'en prendre qu'à lui, s'il eſt privé d'une preuve qu'il étoit en ſon pouvoir de ſe procurer.

autoriſées par le droit, néanmoins étant fondée ſur les ſentimens de la nature, qui eſt toujours la même, comme marque la loi *Alimenta*, au Code, il faut du moins une preuve par écrit pour la détruire.

9. A l'égard des autres quaſi-contrats dont parle Boiceau, il eſt certain que les tuteurs & curateurs ſont tenus de prouver leurs avances & débourſés, par écrit; car on ne doit pas expoſer les biens des pupilles à la mauvaiſe foi d'un tuteur, qui pourroit corrompre des témoins, ſi cette voie lui étoit permiſe; & puiſqu'il eſt chargé des effets des mineurs par un inventaire, qui eſt une preuve par écrit de ſa recette, il faut auſſi qu'il rapporte une preuve par écrit pour juſtifier ſa dépenſe. Il n'y a que celles qui ſont peu conſidérables, & au-deſſous de cent livres, dont la preuve par témoins lui doit être permiſe; & il y en a même au-deſſous de cette ſomme dont il eſt cru à ſon affirmation, ſuivant l'uſage, ſi elles ſont vraiſemblables, & qu'elles aient été utiles au mineur.

10. Boiceau ne diſtingue point, en cet endroit, entre le tuteur & le protuteur, & veut que l'un & l'autre ſoit reçu à la preuve par témoins de ſes avances, indéfiniment; mais à l'égard du protuteur, la loi *Si quis tamen, D. de Eo qui pro tutore*, donne l'action de tutelle contre lui, s'il a géré *animo tutoris*; ainſi, puiſqu'elle le regarde, en ce cas, comme tuteur, il faut lui appliquer les mêmes maximes ci-deſſus, y ayant même raiſon de lui refuſer la preuve par témoins.

11. Pour ce qui eſt des collégataires, & de ceux qui n'ont point contracté enſemble, & qui ont des effets à partager entr'eux, la preuve par témoins ne leur peut être refuſée des avances qu'ils peuvent avoir faites les uns pour les autres, parce qu'ils ne ſont pas dans le cas de l'ordonnance [*].

Celui qui a payé à un autre, par erreur, ce qu'il ne lui devoit pas, a auſſi l'action de condiction, parce qu'il n'a pas eu la volonté de contracter, ainſi qu'il en ſera parlé

[*] Si ces ſommes excedent cent livres, & qu'il ait été en leur pouvoir de s'en procurer une preuve par écrit, je penſe qu'ils ſont dans le cas de l'ordonnance, & qu'ils ne doivent pas être admis à la preuve teſtimoniale; car l'intention de l'ordonnance a été d'écarter cette preuve toutes les fois qu'il pourroit y avoir lieu à celle par écrit.

dans le Chapitre, qui traite, des promeſſes faites ſans cauſe, dans la ſeconde partie de ce Traité.

12. Avant d'expliquer ce qui regarde les obligations qui naiſſent *ex delicto, vel quaſi*, il faut encore parler des gageures, parce que les uns prétendent que ce ſont des contrats, & les autres, au contraire, qu'elles ne ſont point obligatoires, quoique cette difficulté ait été touchée avec beaucoup d'érudition dans les plaidoyers qui ont été donnés depuis peu au public par celui dont on a déja emprunté la traduction du paſſage de l'Oraiſon de Cicéron *pro Cœlio*, au ſujet de la preuve par témoins, rapporté dans les additions ſur la Préface de Boiceau. Plaid. 1.

Il n'y a que deux loix dans le Digeſte, qui parlent des gageures. La premiere eſt la loi 3, *de Aleatoribus*, qui dit que, ſuivant la loi *Titia*, & la loi *Cornelia*, il n'étoit pas permis à Rome, dans les jeux de hazard, de gager pour celui qui gagneroit, mais que cela n'étoit pas défendu, ſi c'étoit dans les jeux permis par la loi, qui étoient ceux où il s'agiſſoit de faire paroître l'adreſſe, la force ou le courage : *In quibus rebus ex lege Titiâ & Corneliâ etiàm ſponſionem facere licet, ſed in aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet;* ce mot *in aliis*, ſe rapporte à la loi 2, du même titre, qui dit que le ſénat avoit défendu de jouer de l'argent, à quelque jeu que ce fût, ſi ce n'étoit dans ceux où il s'agiſſoit de faire paroître la force du corps.

La ſeconde loi eſt la loi 27, *de præſcr. verb.* qui marque de quelle maniere ſe faiſoient les gageures chez les Romains, *Si quis ſponſionis cauſâ annulum accepit, nec reddidit victori.* Ce mot *ſi quis*, doit s'entendre d'une tierce perſonne dont on convenoit pour garder le prix de la gageure.

13. De cette loi, il réſulte que les gageures n'étoient obligatoires que quand le prix de la gageure étoit dépoſé réciproquement en main tierce. Il eſt vrai qu'en termes de droit, *Sponſio eſt promiſſio promittentis*, dit Me Charles du Moulin, en expliquant ce mot, L. 1, *de verb. obl.* & ſuivant M. Cujas, *ad* T. *de verb. Sign. l.* 7, ce mot *ſponſor*, s'entendoit également de celui qui interrogeoit, & de celui qui répondoit, à conſidérer la forme en laquelle les ſtipulations ſe faiſoient à Rome ; néanmoins en matiere

Si quis ſponſionis cauſâ annulum accepit, nec reddidit victori, præſcriptis verbis actio in eum competit.

de gageure, ce n'étoit pas assez que l'un & l'autre eussent gagé verbalement, il falloit qu'ils eussent déposé la gageure : ainsi cette stipulation *re & consensu contrahebatur*, à la différence des conventions en général qui se font par le consentement seul des parties ; & si le dépositaire de la gageure refusoit de la rendre à celui qui l'avoit gagnée, la loi lui accordoit une action indéfinie, qu'elle appelloit *præscriptis verbis*, qui est une action à laquelle il est nécessaire d'avoir recours, (dit la loi 3, *eod. Tit.*) dans les contrats innommés.

14. C'est pourquoi M. Cujas, sur la loi *Si gratuitam, eod Tit.* dit que si deux personnes ont gagé les anneaux qu'ils portoient, & que celui entre les mains duquel ils les ont déposés, refuse de les rendre à celui qui a gagné, l'action de dépôt ne doit pas avoir lieu en ce cas, parce que celui qui gagne la gageure, n'a pas déposé l'anneau de celui qui l'a perdue, ni l'action de vol, puisqu'avant qu'il eût gagné, cet anneau ne lui appartenoit pas ; mais si la gageure est pour cause deshonnête, celui qui la gagnera, n'aura, dit-il, que l'action de dépôt pour répéter son anneau, ou de vol, & de condiction, si celui qui le gardoit, refuse de le lui rendre ; mais il ne pourra pas redemander l'anneau de celui qui a perdu la gageure, parce que la loi défend même la gageure en cette occasion.

15. Loyseau du Déguerpissement, l. 4, ch. 3, n. 8, observe sur ce sujet, qu'à Rome, les gageures, le plus souvent, se faisoient *per stipulationem & restipulationem*, c'est-à-dire que les deux personnes qui gageoient, promettoient toutes deux de payer la gageure si elles perdoient, & que c'est par cette raison qu'on les appelloit *Sponsiones ;* au lieu qu'en France, parce qu'elles se font plus communément par la déposition des gages entre les mains d'un tiers, on les a appellés *gageures*. Les jurisconsultes modernes les appellent *conditiones, conventiones ;* & Stracha, dans son Traité *de Sponsionibus*, dit qu'on devroit plutôt les appeller *divinationes*. Loyseau, *ibid.* explique ce que c'étoit que *sponsio judicialis*, qui étoit une espece de gageure judiciaire d'une certaine somme entre ceux qui plaidoient ensemble, au profit de celui qui gagneroit sa cause ; mais il ne s'agit ici, que de celle qu'il appelle *ludicra ;* & on peut la définir,

finir, une convention verbale de deux perſonnes qui, étant en conteſtation ſur un fait incertain, dépoſent entre les mains d'un tiers une ſomme, ou quelqu'autre choſe au profit de celui dont l'opinion ſe trouvera confirmée par l'événement. Stracha, *ibid.* fait auſſi mention d'une autre eſpece de gageure, en laquelle un de ceux qui gage, dépoſe entre les mains de celui contre qui il gage, une ſomme, à la charge que s'il perd la gageure, il ne lui en rendra qu'une partie, & retiendra le reſte.

16. Quoi qu'il en ſoit, Macrobe, *l.* 3, *Saturn.* & Pline, *l.* 9 de ſon *Hiſt. nat. chap.* 35, rapportent l'exemple célébre de celle de Cléopatre, qui gagea contre Marc-Antoine, qu'elle dépenſeroit un million en un ſeul repas, & choiſit Munatius Plancus pour arbitre, & pour dépoſitaire de la gageure qu'elle gagna, en avalant une perle d'une groſſeur extraordinaire, qu'elle avoit fait diſſoudre dans une liqueur préparée à cet effet; mais cette gageure étoit illicite de la part de Cléopatre, parce qu'elle étoit certaine de l'événement.

Le même Pline, *livre* 7, *chap.* 37, fait encore mention de celle d'Aſclépiade, médecin, qui gagea contre la Fortune, qu'il ne ſeroit jamais malade pendant ſa vie, à peine de perdre la réputation qu'il avoit acquiſe du plus fameux médecin qui fût au monde; & il ajoûte qu'il gagna la gageure, parce qu'il ne fut, en effet, jamais malade, tant qu'il vécut, & mourut enfin d'une chute, dans une extrême vieilleſſe.

Mais cette ſeconde eſpece n'étoit qu'un pacte conditionnel de la part d'Aſclépiade, & non pas proprement une gageure; ce qu'il faut extrêmement diſtinguer.

17. Nous avons un exemple d'un pacte conditionnel, dans la loi 37, *ff. Si certum petatur. Si rex Parthorum vivit, centum dari ſpondes.* Papinien, liv. 39, *ibidem*, dit qu'un tel pacte n'eſt cenſé conditionnel, que quand la condition dépend d'un événement futur: *Itaque tunc poteſtatem conditionis obtinet, cùm in futurum confertur.* En ce cas, la ſtipulation eſt ſuſpendue; au lieu que quand elle dépend de la certitude d'un fait préſent, *ſi rex Parthorum vivit*, la ſtipulation a un effet préſent, quoique ceux qui ont ſtipulé, ignorent la vérité du fait dont elle dépend.

18. Cela ſuppoſé, on a demandé ſi les gageures ſont obligatoires; car quelques-uns ont ſoutenu qu'elles étoient ſans cauſe, parce que celui qui perdoit la ſomme, ou la choſe qu'il avoit gagée, n'avoit rien reçu de celui qui la gagnoit : néanmoins, en droit quand la ſtipulation étoit réciproque, quoique faite ſans cauſe, elle étoit obligatoire à cauſe de la force de la ſtipulation; mais ces ſtipulations n'ont pas lieu parmi nous. Loyſeau, *ibidem*, ſoutient qu'on peut dire que l'incertitude & le hazard de l'événement ou de la condition qui eſt appoſée dans la gageure, tiennent lieu de cauſe ſuffiſante, &, par conſéquent, rend la gageure obligatoire, pourvu qu'elle ſoit faite pour un ſujet honnête, *licèt inæquale ſit periculum*, dit Péréſius, *ad T.* 43, *C.* ſi ce n'eſt, dit-il, que l'un de ceux qui a gagé, n'ait trompé l'autre, en lui perſuadant de gager le contraire d'une choſe, de la vérité de laquelle il avoit une certitude entiere, avant de gager. Du Moulin, *Tr. uſur. qu.* 71, *n.* 470; *& qu.* 3, *n.* 97, dit que cette incertitude ne ſuffit pas, même quoiqu'il y ait une ſtipulation reſpective.

19. Et tous les théologiens ne conviennent pas que les gageures ſoient licites. Grivellus, *deciſ. Dolan.* 57, en rapporte les raiſons & les autorités, & entr'autres, celles de S. Auguſtin & du cardinal Gaëtan, qui ſoutiennent que celui qui a gagné la gageure, eſt ſujet à reſtitution : il rapporte enſuite le ſentiment de S. Thomas, 2, 2, *qu.* 32, *art.* 7; de Navarrus, du cardinal Tolet, & autres, qui ont ſoutenu le contraire, & dont l'opinion, dit-il, a prévalu, parce qu'en un mot, l'incertitude de l'événement ſuffit pour rendre la convention juſte & licite. En effet, c'eſt par cette raiſon que tous les contrats faits ſous une condition qui dépend du hazard, ſont réputés légitimes par les loix, ainſi qu'il eſt aiſé de voir dans le titre *de verb. Oblig. ff.* comme prouve Corraſius par la loi *In nave*, *ff. Locati*, par le ſentiment de Paul de Caſtres ſur cette loi, & d'Alexandre ſur la loi *à Titio* 108, *ff. de verb. Obl.*

T. de Sponſionibus.

20. Il eſt vrai que quand cette condition rend la convention uſuraire, on ne doit point y avoir égard, comme celle en uſage autrefois de payer le prix d'une choſe par l'acheteur, quand il ſeroit prêtre, mort ou marié,

Me Charles du Moulin, *Tract. Cont. uſur. quæſt.* 816, dit qu'à l'égard de ces ſortes de conventions, la cour par ſes arrêts ne s'arrêtoit, pas de ſon tems, au prix de la convention, mais qu'elle condamnoit de payer la juſte valeur de la choſe vendue.

Ainſi, ajoûte-t-il, ſi l'acquéreur qui a promis payer une certaine ſomme, quand il lui ſera né un fils mâle, eſt mort avant que cette condition ſoit arrivée, ſon héritier doit être condamné à payer ſeulement le juſte prix de la choſe vendue, par la raiſon que l'acquéreur même n'auroit pu être contraint d'en payer davantage, quand cette condition ſeroit arrivée pendant ſa vie.

D'où il eſt aiſé de voir, que ce n'eſt que dans le cas d'une injuſtice manifeſte, que du Moulin a prétendu que ces ſortes de conventions (qu'il appelle *aleatorios contractus*,) ne doivent point être exécutées, parce qu'elles ne ſont pas juſtes, comme il le prouve dans les eſpeces qu'il rapporte, dans leſquelles il y avoit une vente certaine d'une choſe qui avoit été livrée à l'acheteur, lequel ne pouvoit retenir juſtement cette choſe, ſans en payer le prix, ſous prétexte d'une condition captatoire, non plus que le vendeur ne pouvoit, ſous prétexte de cette même condition ſtipulée, en demander un prix exceſſif. Autre choſe eſt d'un pacte conditionnel, dans lequel aucun de ceux qui ont fait le pacte, n'a tiré d'argent de ſa bourſe, & n'a rien livré à l'autre, mais a promis ſeulement une choſe, ſous une condition dont l'événement étant abſolument incertain, ne peut, par conſéquent, être ſuſpect d'aucune fraude ni d'aucune injuſtice.

21. Tout de même, quand la gageure eſt pour cauſe illicite, elle n'eſt point obligatoire; & celui qui perd, n'eſt point tenu de payer celui qui gagne : auſſi dans les pays étrangers, il y a pluſieurs ordonnances qui les défendent.

22. L'auteur des plaidoyers, ci-deſſus cité, en rapporte pluſieurs. Antonius Anſelmo, ſur le chapitre 79 de l'édit du 20 Janvier 1570, *de Aſſecurationibus*, qui a lieu en Flandres, rapporte encore une autre ordonnance qui défend, en ce pays-là, de faire des gageures, *ſuper vitâ hominis, & itineribus ſuſpiciendis*, comme étant domma-

geables à l'Etat, & de mauvais exemple, & obſerve que cet édit, qui n'avoit pas été obſervé d'abord, eſt enfin revenu en uſage. Il ajoûte que même les gag ures ſur le ſuccès des affaires d'Etat, ſont auſſi défendues à Bruxelles, par une ordonnance du 13 Novembre 1601, renouvellée en 1604 & en 1629, ſous peine de la perte des choſes gagées: *Tùm quià*, dit-il, *ejuſmodi ſponſiones aleam redolent, ſinè induſtriâ marſupium expilantium, tùm maximè quòd occaſio detur, arcana hoſtibus prodendi ob quæ ſperatæ victoriæ è manibus elabantur.* Il dit même que par les arrêts du parlement de Brabant, celui qui a gagné le prix dans ces ſortes de gageures défendues, eſt non ſeulement condamné à le rendre, mais même aux intérêts. Il examine enſuite ſi cette ordonnance eſt cenſée avoir défendu les promeſſes qui ſont ſtipulées payables, quand le débiteur ſera mort, prêtre ou marié; & il répond que ne s'agiſſant point en cela de l'intérêt de l'Etat, elles n'y ſont pas compriſes.

Voyez Pereſius C. l. 31, T. 43; & Zypæus, *in Not. jur. Belg. l.* 3.

23. Selon nos mœurs, comme il a été dit ci-deſſus, les gageures ſont permiſes, pourvu que le ſujet ſoit honnête; & quand le prix de la gageure eſt dépoſé, elles ſont obligatoires. Expilly, Plaidoyé 4, en rapporte un arrêt de 1664, du parlement de Grenoble; & Bugnion, *de Leg. abrog.* en rapporte un autre du parlement de Paris, du 29 Mars 1563, qui défendit de faire des gageures au ſujet des femmes groſſes [*], parce qu'elles pouvoient donner lieu à la ſuppoſition de part.

Bouchel, liv. 4, chap. 27, en rapporte un de la cour des aides, du 21 Janvier 1615; & Automne, au Code, titre *de præſcript. Verb.* en rapporte un du parlement de Bordeaux, du mois de Mars 1609, qui condamna celui qui avoit gagé, & qui avoit perdu la gageure, d'en payer le prix, quoique ce prix n'eût point été conſigné ni dépoſé entre les mains de perſonnes tierces; ce qui marque qu'il peut y avoir des cas particuliers, où la gageure étant pour une choſe licite, (comme s'il s'agit de l'adreſſe ou de la force du corps,) eſt obligatoire, quoique le prix n'en ait point été dépoſé. Ainſi, dans l'eſpece rapportée par Automne, le prix de la gageure étoit pro-

[*] Que la femme groſſe accouchera d'une fille ou d'un garçon.

prement la récompenſe de l'adreſſe & du péril qu'avoit couru celui qui avoit gagné, en entreprenant de nager dans un étang, au mois de Mars, juſqua une certaine diſtance dont il étoit convenu ; ce qu'il avoit exécuté avec beaucoup de riſque [*].

24. Ce que deſſus ſuppoſé, la premiere queſtion eſt de ſçavoir ſi, au cas qu'une perſonne ſoutienne avoir gagé une ſomme contre une autre, la preuve en eſt recevable par témoins, ſi cette perſonne nie qu'il ait gagé, ou qu'il ſoutienne qu'il a gagé moins.

Ou ſi les conditions de la gageure ſe peuvent auſſi prouver par témoins, & il ſemble que cela ne doit pas être permis ; car, quoi qu'on n'ait pas coutume de rédiger par écrit les conditions d'une gageure, néanmoins, comme la gageure n'eſt point cenſée obligatoire, ni avoir la forme d'une convention que le prix de la gageure n'ait été dépoſé en main tierce, ce ſeroit inutilement qu'on prouveroit une gageure verbale & les conditions, ſi on n'articule pas que le prix en a été mis entre les mains d'un tiers ; ce qui ſeul peut la rendre obligatoire.

25. La ſeconde queſtion eſt de ſçavoir ſi, au cas que ce tiers dénie avoir reçu le prix de la gageure, la preuve par témoins en ſera permiſe ? Et comme on n'a pas coutume de rédiger par écrit ce dépôt qu'on lui confie, il ſemble auſſi que la preuve par témoins en doit être permiſe, parce qu'il y a eu du dol de ſa part de retenir la gageure, & que la loi donne même une action de vol contre lui. Ainſi on peut demander à faire preuve qu'on lui a mis en main, ou qu'il a en ſa poſſeſſion la choſe gagée, ſans articuler que ce ſoit un dépôt ; car il ne s'agit en cela, que de la preuve d'un fait que l'ordonnance ne défend point de prouver par témoins.

26. A l'égard des délits, ſoit que l'on agiſſe par voie criminelle, ou par voie civile, à fin de dommages & in-

[*] L'auteur de la Nouvelle collection de Juriſprudence, *verbo* GAGEURES, fait mention d'un arrêt du parlement de Bourgogne, rapporté par Bouvot, qui met hors de cour ſur la gageure de deux procureurs, rédigée par-devant notaires, par laquelle il s'agiſſoit de ſçavoir ſi l'ordonnance de 1539 parloit de la preſcription. Les parties avoient donné caution de payer. Cet auteur penſe que le motif de l'arrêt étoit qu'il n'y avoit pas de conſignation.

térêts, la preuve par témoins en eſt admiſſible, parce qu'il s'agit de la preuve d'un fait; & il en eſt de même des quaſi-délits qui ſe commettent par une faute imprévue, & ſans aucun deſſein formé de nuire [*].

Igitur injuriam hic, damnum accipiemus culpâ datum, etiàm ab eo qui nocere noluit, dit la loi 5, *ff. ad leg. Aquil. culpa autem eſt*, dit la loi 31, *ibid. quòd cùm à diligente provideri potuerit, non ſit proviſum.*

27. Mais parce que dans un accident imprévu le témoin ſe trompe ſouvent le premier, & croit voir ce qu'il ne voit pas, ou confond aiſément les circonſtances qui arrivent preſque toutes en un inſtant; enſorte qu'il n'a pas toujours aſſez de préſence d'eſprit pour faire reflexion à ce qui ſe paſſe devant ſes yeux, ſa dépoſition n'eſt pas toujours déciſive, notamment, ſi, par l'état des lieux, ou par d'autres faits certains, on peut juger qu'il s'eſt laiſſé ſurprendre lui-même, & qu'il n'a pas ſuivi le fait; ce qui ſe peut connoître, quand il n'entre pas dans un détail aſſez juſte & aſſez précis des circonſtances, dont la liaiſon & la conformité fait toute la certitude de ſa dépoſition [**].

[*] Un arrêt du parlement de Rouen, du 1er Mars 1737, a jugé qu'en matiere de police, la preuve par témoins n'eſt pas recevable, pour demander à juſtifier d'une contravention: il faut un procès-verbal qui la conſtate; ce qui eſt conforme aux vues de l'ordonnance, qui a été de rejetter la preuve par témoins, qui n'eſt que trop ſuſpecte, ſoit de fraude, ſoit d'erreur, dans toutes les occaſions où il a été poſſible de s'en procurer une autre: or il a été loiſible aux officiers de police de juſtifier de la contravention, par le moyen d'un procès-verbal.

Cependant un autre arrêt du même parlement, rendu le 24 Juillet 1766, a décidé que les contraventions aux ſtatuts des chirurgiens, par un homme qui exerce la chirurgie ſans qualité, peut ſe prouver par témoins, ſans être obligé de la conſtater par procès-verbal, à cauſe des grands inconvéniens qui pourroient en réſulter au préjudice du public.

[**] Quoique la ſimonie ſoit un délit & un crime qui gît en faits, & que, ſelon la régle générale, les faits puiſſent ſe prouver par témoins, néanmoins on a cru devoir excepter cette eſpece des autres; & c'eſt un principe qu'il faut un commencement de preuve par écrit, pour admettre à ce ſujet la preuve teſtimoniale.

Le célèbre Cochin, tom. 3 de ſes Œuvres, pag. 640, en rapporte la raiſon. « Il n'en eſt pas, dit-il, de ce » genre de crime comme des autres. Un » homme a été aſſaſſiné, volé, mal- » traité; la preuve par témoins en eſt » admiſe, par deux raiſons déciſives. » La premiere eſt que le corps du délit » eſt certain, & qu'il ne s'agit que d'en » découvrir l'auteur. La ſeconde eſt qu'il » eſt impoſſible d'en avoir des preuves » par écrit. Mais en matiere de ſimo- » nie, il en eſt tout autrement. 1° Le » corps du délit n'eſt jamais certain » par lui-même, quand il n'y a pas » d'acte qui l'établiſſe.... 2° Si le crime » a été commis, on en peut trouver des » preuves par écrit. »

En effet, ſans la néceſſité du commencement de preuve par écrit, il n'y auroit perſonne qui fût aſſuré d'un bénéfice, à quelque titre légitime qu'il l'eût obtenu; & l'on ne verroit tous les jours que des dévolutaires avides, qui, s'étant aſſurés de l'infidélité de quelques témoins, viendroient troubler les titulaires légitimes, ſous prétexte d'une convention ſimoniaque qu'ils ſuppoſeroient

28. On peut mettre dans le nombre des quaſi-delits, les ſévices du mari, qui peuvent donner lieu à la ſéparation

avoir été faite. Si donc, d'un côté, l'énormité du crime de ſimonie a obligé l'égliſe de punir ſévérement ceux qui s'en rendent coupables; la néceſſité de réprimer les vexations & les violences auxquelles des innocens ſont expoſés, a engagé, de l'autre, à établir des régles pour empêcher que l'ambition de certains eccléſiaſtiques ne pût abuſer des peines établies contre les ſimoniaques.

Les tribunaux ſe ſont réunis pour conſacrer cette juriſprudence. Outre un arrêt de la cour, rendu conformément à ces principes, le 18 Mars 1679, on en rapporte deux autres du grand-conſeil, l'un en 1666, l'autre en 1673; & Duperray en cite encore un du 1er Février 1695, qui tous ont jugé la preuve teſtimoniale inadmiſſible. Enfin, par un autre arrêt du 28 Avril 1725, rendu ſur les concluſions de M. Dagueſſeau, avocat général, la cour a déclaré abuſive une ſentence de l'official de Lyon, qui avoit permis à un particulier d'informer des faits de ſimonie, quoique ces faits fuſſent ſi graves que M. l'avocat général fit ajoûter dans l'arrêt: Sauf au promoteur de rendre plainte, & de faire informer.

Auſſi tous les auteurs aujourd'hui ſont-ils d'accord ſur ce point. Vaillant ſur Loüet, *de Publicand.* n. 31, en fait une maxime. D'Héricourt, dans ſes Loix eccléſiaſtiques, la ſoutient également. L'auteur du Traité du Dévolut, enſeigne le même principe en pluſieurs endroits de ce Traité. Il fait voir, tom. 2, ch. 8, p. 151, que c'eſt mal-à-propos que Duperrai a attribué à Dumoulin & à M. Loüet un ſentiment contraire; & il obſerve que, parmi les arrêts cités par Brodeau, il n'en eſt pas un ſeul qui ait jugé diſertement la queſtion, que la preuve teſtimoniale peut être admiſe ſans commencement de preuve par écrit.

Au reſte, on diſtingue trois eſpeces de ſimonies, la mentale, la conventionnelle, & la réelle. La mentale eſt celle qui eſt ſimplement conçue dans l'eſprit, & qui ne ſe manifeſte au-dehors par aucune action. La conventionnelle va un peu plus loin; elle conſiſte dans la convention ou promeſſe qui n'eſt pas ſuivie d'un payement réel. La ſimonie réelle renferme les deux autres; elle conſiſte dans l'exécution du projet formé par la convention, c'eſt-à-dire à donner une choſe temporelle pour en obtenir une ſpirituelle, ou annexée à une choſe ſpirituelle.

Pour ce qui eſt des deux premieres, la queſtion dont il s'agit ici, ne peut avoir lieu à leur égard; cela réſiſte à la nature de la convention, qui ne peut être connue que de ceux qui la paſſent: or, *paria ſunt non eſſe & non apparere.* D'ailleurs les ſimples projets ne ſont pas ſoumis à l'animadverſion des loix; il faut que l'exécution ait ſuivi. Au ſujet de la ſimonie réelle, on a admis la preuve par témoins avec la reſtriction dont nous venons de parler, ſçavoir, quand il y a un commencement de preuve par écrit.

Mais qu'eſt-ce qu'un commencement de preuve par écrit? & quel degré de lumiere doit-il avoir? C'eſt ici que reſide toute la difficulté. Si l'on vouloit exiger que cette preuve fût conſidérable, il faudroit néceſſairement réſerver la prétention de la ſimonie au Scrutateur des cœurs; car on ſent bien que ceux qui commettent ce crime, ne ſont pas aſſez inſenſés pour confier au pacte ſimoniaque ſa véritable cauſe: ainſi il faut conclure qu'il n'eſt pas néceſſaire que l'écrit porte par lui-même la preuve littérale, directe & poſitive de la ſimonie. D'un autre côté, il y auroit trop d'inconvéniens d'abandonner à de ſimples préſomptions ou conjectures une preuve auſſi délicate. Il faut donc entendre par commencement de preuve par écrit, un acte qui prouve ſeulement ou un fait préparatoire à la convention, ou une partie de la convention, ſans prouver l'autre, ou quelques ſuites de la convention. Il faut donc que cet acte ait des rapports marqués avec la convention, à laquelle on veut qu'il ſerve de preuve; & c'eſt ce que les juriſconſultes appellent *la correſpectivité des actes.* « On préſume, dit l'auteur du » Traité du Dévolut, que deux actes

de corps & de biens, & qui ſont énoncés en la loi *Conſenſu, C. de repudiis ;* car la loi ne regarde pas comme des crimes les menaces & les corrections du mari à l'égard de ſa femme, quoique violentes & injurieuſes, la loi Romaine vouloit qu'il eût attenté à ſa vie ou qu'il l'eût excédée ; ce qui doit avoir lieu parmi nous, puiſque même le mariage eſt un ſacrement qui produit une union indiſſoluble, & que le divorce n'y a pas lieu comme à Rome ; auſſi la préſomption eſt en faveur du mari, quand il n'y a point de preuve au contraire.

Dans les recelés, la preuve par témoins a lieu auſſi, ſuivant nos mœurs ; car le recelé eſt un vol, même quand il eſt commis par la femme, quoique la loi n'ait point donné l'action de vol en ce cas, mais ſeulement celle *rerum amotarum*, qu'elle appelle *judicium ſingulare, l.* 1, *ff. de Actione rer. am.* [*]

» ſont correſpectifs, lorſqu'ils ſont paſſés » dans le même tems, en préſence du » même notaire & des mêmes témoins. » Plus il y a de circonſtances qui con- » courent à faire préſumer que les deux » actes ont été faits dans la même vue, » pour la même fin, par les mêmes » parties, & ſur un même objet, plus » la correſpectivité eſt certaine. »

Mais quand un accuſé de ſimonie eſt pourſuivi à l'extraordinaire par le miniſtere public, il n'eſt pas néceſſaire que la preuve teſtimoniale ait été précédée d'un commencement de preuve ; car le motif qui a fait introduire l'uſage de n'admettre la preuve teſtimoniale, que quand il y a un commencement de preuve, n'a été que pour conſerver le repos, ménager l'honneur & la réputation des bénéficiers, & dans la crainte qu'un dévolutaire, ou autre prétendant droit, ne trouve avec trop de facilité de faux témoins, & que l'innocence ne ſoit accablée par la calomnie : or ce motif n'a lieu que pour les enquêtes. Il ne peut avoir d'application à une procédure criminelle qui ſe fait à la requête du miniſtere public, pour la vindicte publique, à moins qu'on ne prétende que toute information contre un délit doit être précédée d'un commencement de preuve par écrit ; ce qui ſeroit abſurde.

[*] Par arrêt du 6 Août 1703, rendu en la cinquieme des enquêtes, il a été jugé que la preuve des faits généraux de recelé étoit admiſſible ; ſans expliquer les faits en particulier, voici quelle en étoit l'eſpece. Hector-François Boyer de Solignac demandoit permiſſion d'informer de ce que Jacques Boyer avoit recelé les effets de la ſucceſſion de Pierre Boyer ; & comme les enfans de Jacques Boyer oppoſoient qu'on n'informoit pas contre un homme mort ; qu'on étoit, à la vérité, reçu à ſoutenir qu'un héritier bénéficiaire pouvoit être déclaré pur & ſimple, pour avoir recelé un effet de la ſucceſſion, mais qu'il falloit articuler quel étoit l'effet recelé ; Hector Boyer demandoit acte de ce qu'il convertiſſoit ſa plainte en demande à fins civiles, & qu'il lui fût permis de prouver par enquête, que Jacques Boyer avoit recelé des effets de la ſucceſſion de ſon pere, & que ſes enfans en avoient recelé de la ſienne. Replique de la part des enfans qu'Hector devoit préalablement déclarer quels effets il prétendoit avoir été recelés, & former une demande à fin de reſtitution, ou de rapport au partage, de tels ou tels effets, comme d'une tapiſſerie, d'une obligation, &, pour cela, employer cet article dans l'inventaire ; autrement, comment le demandeur peut-il faire preuve d'un fait incertain, &

Pour

29. Pour ce qui eſt des quaſi-délits, Boiceau dans ce chapitre n'en a parlé qu'en paſſant, & il décide en général, que la preuve par témoins en eſt admiſſible; mais cette matiere mérite quelques obſervations particulieres. La premiere, qui a beaucoup de liaiſon avec ce qui vient d'être dit des gageures, concerne les jeux de hazard, ſur leſquels il y a pluſieurs réflexions importantes; mais pour les faire avec ordre,

30. Il faut obſerver que le jeu, à parler en général, eſt néceſſaire pour relâcher l'eſprit. C'eſt pourquoi Cicéron, l. 2, *de Oratore*, ch. 2, dit fort bien qu'on doit regarder comme un eſclave celui à qui il n'eſt jamais permis de ne rien faire; & Ariſtote, l. 10, *Mor. Nicoma.* chap. 6, a agité la queſtion de ſçavoir ſi la véritable félicité ne conſiſtoit point dans le jeu, parce que ceux qui ſont les plus heureux dans ce monde, mettent leur bonheur à jouer, & que le jeu a le pouvoir, dit-il, de rendre même les tyrans plus doux. Il fait voir néanmoins enſuite, que le jeu étant un repos, n'eſt pas la fin de nos actions, mais au contraire, qu'il n'eſt permis de ſe recréer que pour mieux agir, parce que la véritable félicité ne conſiſte que dans la vertu.

Mihi liber eſſe non videtur qui non aliquandò nihil agit. Ludere autèm ut ſerio agat quiſpiam ex Anacharſidis ſententiâ videtur rectè ſe habere, quippe cùm luſus requiei ſimilis ſit, & cùm nequeant homines aſſiduè operari, requie indigent; non eſt igitur finis requies, cauſa enim operationis ſit; at eſſe ex virtute vitæ felix videtur, hæc autem ſtudioſa & ſeria eſt, non in luſu verſatur.

31. Il faut demeurer d'accord qu'il y a des jeux permis; mais il y en a auſſi de défendus, ſçavoir: les jeux de hazard, qui ſont prohibés par nos ordonnances, & notamment par l'article 59 de l'ordonnance de Moulins, de laquelle eſt tiré l'article 54 qui fait la matiere de ce Traité; ce qui engage à examiner encore cette matiere plus au long.

32. Or il eſt conſtant que, chez les Romains la loi, non-ſeulement ne donnoit aucune action à celui qui avoit gagné à un jeu de hazard l'argent d'un autre qui ne l'avoit pas payé; mais elle accordoit encore l'action de condiction contre lui, s'il avoit été payé, juſques-là même que le fils de famille, qui avoit perdu ſon argent au jeu contre ſon pere, & l'eſclave contre ſon patron, avoient action contre eux pour le répéter. La différence qu'il y

comment le défendeur peut-il faire preuve du fait contraire? Arrêt contradictoire; la plainte convertie en demande à fins civiles: permis de faire preuve en général des recelés, & au défendeur preuve du contraire.

avoit, eſt que cette action en ce cas s'appelloit *actio utilis*, & non pas *actio de aleâ*, qui étoit une action fameuſe, comme eſtime M. Cujas, parce que ceux qui faiſoient profeſſion de jouer aux jeux de hazard étoient réputés infâmes. *Adverſùs parentes & patronos repetitio, ejus quòd in aleâ luſum eſt, utilis ex hoc edicto danda eſt*, dit la loi, & M. Cujas ſur le tit. *de Aleat. ff. Notandum eſt ex hâc lege ultimâ, hanc actionem, quæ de pecuniâ in aleâ amiſſa, victo datur, ei non dari adverſùs patronos & parentes, videlicèt ſi cum eis luſerit aleâ & victus fuerit, quia famoſa eſt*, &c. Le même M. Cujas remarque auſſi dans ſes Obſervations, qu'autrefois celui qui avoit gagné, étoit condamné à reſtituer le quadruple, ſuivant la remarque d'Aſconius.

L. 5, Alearum luſus, c. En ce cas le fiſc pouvoit employer cet argent à des ouvrages publics. *Voyez* Salmuth en ſes Notes ſur Pancirole, T. 9 *de veterum lud.*; Cujas, *Parat. Cod. 5, c. Tit.* & Dempſterus ſur Roſinus, Ant. Rom *cap.* 1, *Ubi de ludis privatis.* *Voy.* Auluge'le, l. 2, ch. 24; Macrob. Sat. III, c. 17; Plut. *in Sylâ.*

33. Juſtinien, par ſa Conſtitution ajoûtée au tit. 43 du Code, l. 3, défendit les jeux de hazard, même dans les maiſons des particuliers, & donna une action à ceux qui auroient perdu leur argent, ou à leurs héritiers, &, à leur défaut, au fiſc, pour le répéter, ſans que l'on put oppoſer d'autre preſcription que celle de cinquante ans, ſelon Euſtathius, quoique d'autres aſſurent que celle de trente ans ſuffiſoit, comme a remarqué Godefroi ſur cette Conſtitution, par laquelle Juſtinien ne permet que cinq ſortes de jeux, qu'Alciat, *lib.* 1, *Prætermiſſ.* Turnebe, & pluſieurs autres ont eſſayé d'expliquer, mais ſur de ſimples conjectures, parce que le texte de cette Conſtitution a été fort corrompu, ainſi qu'a remarqué Haloander.

3. La loi *Titia*, & la loi *Publicia* avoient permis, au contraire, les jeux dans leſquels, pour remporter le prix, il ne faut que de la ſoupleſſe, de l'agilité ou de la force du corps. La loi *Cornelia ſumptuaria* avoit réglé auſſi quelle ſomme on pouvoit jouer dans les jeux ſolemnels que l'on faiſoit dans les jours des Calendes, des Nones & des Ides; & les autres jours il n'étoit permis de jouer, *ultrà unum ſolidum, ſi maximè dives ſit*, dit la Conſtitution de Juſtinien, *C. de Aleatoribus.*

Can. 79 Conc. Elibertini. Concilii Gener. Can. 6, Conſtantinop. Can. 50, V. l. 3, D. tit. de vita & honeſt. Cler. & C. in ead. lectos, de epiſc. præſat.

35. Les jeux de hazard ont été auſſi défendus enſuite aux eccléſiaſtiques par la Novelle 123, dont eſt tirée l'authentique, *Interdicimus C. de Epiſcopis & Clericis*; ce qui leur avoit été auſſi été défendu par les Conciles, auſſi-bien qu'aux laïques.

36. Mais avant d'examiner quand la preuve par témoins eſt recevable en matiere de jeu, il faut ſçavoir ſi, dans les jeux de hazard, celui qui a gagné l'argent d'un autre, peut ſoutenir qu'il l'a acquis juſtement, ou ſi, au contraire, il n'eſt point tenu de le reſtituer ; car à l'égard des jeux permis, il ne peut y avoir difficulté, en certains cas, que pour ce qui regarde la conſcience ; ce qui ne regarde point ce Traité : or les théologiens & les juriſconſultes ſont partagés ſur cette queſtion.

37. Péréſius, l. 3, Cod. T. 43, *de Aleat.* n. 6, dit que, quoique la loi civile ait défendu les jeux de hazard, néanmoius cela n'empêche pas que celui qui a gagné de l'argent à ces ſortes de jeux, ne l'ait véritablement acquis, car elle n'a point dit que cette eſpece d'obligation ſoit nulle ; mais elle a donné ſeulement une action à celui qui a perdu, pour répéter ſon argent, non pas de ſa propre autorité, mais en lui donnant une action qu'il doit intenter devant le Juge. C'eſt pourquoi, dit-il, avant la ſentence du juge, celui qui a gagné, n'eſt point obligé de reſtituer cet argent, ſi ce n'eſt qu'il y ait fraude de ſa part, parce que cette condiction qu'elle a accordée à celui qui a perdu, eſt une peine à l'égard de celui qui a gagné, & que perſonne n'eſt obligé de ſubir une peine ; même en conſcience, avant que le juge l'ait condamné à cette peine ; de même que celui qui a acquis par preſcription, n'eſt pas obligé de reſtituer ce qu'il a acquis, avant que celui à qui appartenoit la choſe, ſe ſoit fait reſtituer contre cette preſcription. Il cite Covarruvias *ad C. Peccatum*, p. 2, §. 4, n. 8 ; & Leſſius, *de Juſt. & Jur.* l. 2, chap. 26, *dub.* 3. Il dit néanmoins que celui qui a joué à crédit à un jeu de hazard, & qui a perdu, n'eſt point obligé de payer ce qu'il a perdu, parce que quoique la promeſſe qu'il a faite de payer, ſoit obligatoire, néanmoins parce que la loi lui donne une action pour répéter l'argent qu'il a perdu, s'il l'avoit payé, il n'eſt pas obligé de ſatisfaire à ſa promeſſe, même en conſcience ; & cela a même été confirmé, dit-il, par une ordonnance de Charles-Quint, donnée en Eſpagne, qui ordonne que l'on ne ſera point obligé de payer l'argent qu'on aura joué à crédit, même quand on aura joué à

Fruſtrà cogitur implere actum ſtatim reſcindendum, T. 7, l. 8, novæ Collect.

un jeu permis. Néanmoins, dit-il, cela ne s'obſerve plus ; & il y auroit de la pudeur à celui qui a perdu, de ſe faire rendre ſon argent, comme il y en auroit de ne pas payer celui qu'on a perdu, quand on a joué à crédit : il eſt libre néanmoins, à la rigueur, à celui qui a perdu, d'intenter action pour ſe faire rendre ſon argent, parce que la coutume, qui a autoriſé les jeux de hazard, eſt contre les bonnes mœurs, & qu'elle a bien pu adoucir la loi, en telle ſorte que ces ſortes de jeux ſoient impunis ; mais elle n'a pu priver ceux qui y ont perdu leur argent, de l'action que la loi leur a accordée pour le répéter.

38. Guymier ſur le Titre de la Pragmatique, *de Spectac. in eccleſiâ non faciendis*, a traité à fond cette matiere au ſujet des eccléſiaſtiques. Il diſtingue d'abord trois ſortes de jeux, *ludus alterîus fraudator*, *ludus naturæ recreator*, *ludus fortunæ tentator*. Le premier eſt un jeu où il n'y a que de la fraude, & ce que l'on appelle vulgairement *piperie*, comme celui de la banque, défendu par nos anciennes ordonnances, ou lorſqu'on joue avec de faux dés. Le ſecond eſt le jeu permis, & qui ſert à nous délaſſer du travail : il en marque toutes les conditions, dans leſquelles je n'entrerai point, parce que cela regarde uniquement les bonnes mœurs ; & le jeu qui ne dépend pas tellement du hazard, qu'il ne dépende auſſi de l'induſtrie & de la conduite de ceux qui jouent.

Guymier ſe ſert du mot *Taxillis*, ce qui ſignifie ſeulement le jeu de dés, qui eſt de pur hazard.

39. Il décide enſuite, ſuivant le ſentiment d'Hoſtienſis, & autres canoniſtes, que celui qui gagne aux jeux de hazard, eſt tenu de reſtituer l'argent, en trois cas, à celui qui l'a perdu ; 1° ſi celui à qui il l'a gagné, eſt un mineur, un furieux, un prodigue, une femme mariée, un moine, un ſerviteur ; 2° ſi celui qui a gagné, a forcé celui qui a perdu, de jouer avec lui, auquel cas, la loi le condamne *ad latomia*, c'eſt-à-dire à tenir priſon ; 3° s'il a gagné par fraude & par tromperie. Il remarque enſuite que l'obligation paſſée pour cauſe de jeu, eſt nulle, ſuivant l'opinion de Bartole ; comme, par exemple, ſi je vends des hardes ou des livres pour en jouer le prix ; & il dit que celui qui vend, n'eſt point tenu de l'éviction en ce cas, ſuivant la loi *Filio familias*, §. 1, *ff. Quarum re-*

Idem. S'il a joué l'argent de ſon maître.

rum actio non datur. Il en eſt de même, dit-il, ſi celui qui joue avec moi, ou qui me regarde jouer, me prête de l'argent pour continuer le jeu ; il ne peut répéter l'argent qu'il m'a prêté, ſuivant la Gloſe *in l. 1, In principio*, & *in l. fin. ſuper verbo, Accepit pecuniam ff. de Aleâ.*

40. Enſuite il remarque quatre cas où celui qui a prêté de l'argent à celui qui le joue, ne peut le répéter ; 1° ſi cette perſonne eſt une de celles qui jouoeint avec lui ; 2° ſi celui qui a prêté, eſt un joueur de profeſſion ; 3° s'il a prêté à un mineur pour jouer ; 4° ſi celui qui a emprunté, n'avoit pas la libre adminiſtration de ſes biens ; par exemple, ſi c'eſt un prodigue, un furieux, &c.

41. Corſérius en ſa déciſion 194, *Capellæ Toloſanæ*, dit que ſi celui qui a perdu aux dés, eſt celui qui a excité l'autre à jouer, en ce cas, il n'a point d'action pour lui faire rendre ce qu'il a perdu, & qu'au contraire, ſi c'eſt celui qui a gagné, qui l'a excité au jeu, celui qui a perdu a une action pour répéter ſon argent.

Aufrérius, ſur cette déciſion, obſerve que cette diſtinction n'eſt point reçue dans l'uſage, parce que le jeu de dés n'eſt point défendu, comme étant illicite par lui-même, mais à cauſe des mauvaiſes ſuites qui l'accompagnent, & qu'ainſi ceux qui y jouent, ſont cenſés s'y être expoſés volontairement : D'autant plus, dit-il, que le jeu de dés dépend en partie du hazard & de la conduite de ceux qui jouent. Ainſi, dit-il, pourvu que ce ne ſoit point par fraude, ou avec de faux dés, qu'on ait gagné à ce jeu, ou contre des mineurs ou autres perſonnes qui n'ont point la libre adminiſtration de leurs biens, on n'eſt point tenu à reſtitution. *Taxillis.*

Enfin il décide que, quand c'eſt un jeu permis, celui qui a prêté de l'argent, peut le répéter ; ce qui s'entend, pourvu que ce ne ſoit point dans les quatre cas ci-deſſus rapportés par Guymier ; ce qui eſt conforme au ſentiment de Joan. de Immola, ſur quoi Mornac, *ad l. 2, ff. de Aleat.* obſerve que ce que dit Aufrérius en l'endroit ci-deſſus cité, des fraudes qui ſe pratiquent au jeu, n'étoit rien en comparaiſon de celles qui ſe pratiquoient déja de ſon tems. *Anilia enim fuerunt & ferè puerilia, ſi ad noſtram hanc ætatem peccates, quæ ſcripſit Aufrerius ; horrores ſunt hodie & portenta, non ludi.* Cap. *Peccatum*,

part. 2, §. 4, de regul. juris in 6.

Ego aleatorem non teneri intelligo quoad pœnam, nisi fraus adhibeatur.

42. Ménochius *de Arbit. jud. l. 2, cent. 4, casu 99*, rapporte le sentiment de Caccialupus, qui a fait un Traité du jeu, inséré dans le *Tractat. Tractatuum*, & celui de Décius, *Conc. 115*; de Covarruvias, ci-dessus cité, & autres, qui estiment que l'on n'est point tenu restituer l'argent gagné au jeu; & il ajoûte que c'est aussi son sentiment, quand il n'y a point eu de fraude de la part de celui qui a gagné, sur quoi il observe qu'à Milan cette fraude est punie à l'arbitrage du juge, suivant une constitution qui a été faite sur ce sujet.

Statuo ego posse retinere, usquedum repetatur, nam si non repetatur; argumento est ipsum qui perdidit non repetiturum, sed quasi donare, sed quando repetit qui perdidit, etiam extra judicium, jam certus est de voluntate alterius & destituitur bonâ fide quia contrà legem acquisivit, &c.

Brunemanus, sur le T. 43, *de Aleat. C.* décide que même celui qui a provoqué un autre à jouer à un jeu de hazard, & qui a gagné son argent, peut retenir cet argent, du moins jusqu'à ce que celui qui l'a perdu, lui en demande la restitution, parce que jusques-là il a lieu de croire qu'il lui donne cet argent; mais si-tôt qu'il le demande, quoique ce soit hors jugement, & sans employer les voies de la justice, en ce cas, dit-il, il ne peut plus le retenir, parce qu'il cesse d'être en bonne foi; & il ajoûte que la coutume peut bien faire que les jeux de hazard soient impunis, mais qu'elle ne peut les rendre licites : or le jeu n'est point un moyen légitime d'acquérir; c'est pourquoi, dit-il, ceux-là péchent qui perdent au jeu une somme notable.

Si ambo se traxerint, videtur quòd sit melior conditio occupantis sive possidentis, verius tamen est quòd possit indistinctè repetere qui amisit.

Item præmissa non videntur obtinere, ubi luditur causâ solatii.

Joan. Faber, l. 3, Cod. T. 43, *ad l. Alearum*, après avoir fait la même distinction que celle ci-dessus rapportée dans la décision 193, *Capel. Tolos.* entre celui qui a provoqué au jeu, & celui qui a été provoqué par un autre, ajoûte que si tous deux s'y sont engagés volontairement, & se sont invités l'un l'autre, en ce cas la condition de celui qui a gagné, est la meilleure, parce qu'il possede : Néanmoins, dit-il, il est plus véritable de dire que, même en ce cas, celui qui a perdu, peut répéter son argent, quoique cette restitution n'ait pas lieu, quand on joue pour se divertir.

Rebuffe, *in Proœmio reg. Const. n. 56*, observe que la loi, qui permet de répéter l'argent perdu au jeu jusqu'à cinquante ans, n'est point observée en France, ni en aucun autre endroit du monde; & cette coutume de ne point restituer l'argent à celui qui a perdu à un jeu de

hazard, excuſe, dit-il, celui qui l'a gagné, pourvu qu'il n'y ait point de fraude de ſa part, & que celui qui a joué, eût la libre adminiſtration de ſon bien; car, ajoûte-t-il, la queſtion ſur ce ſujet eſt problématique entre les docteurs: or dans les choſes douteuſes, la coutume & l'uſage doivent décider. Cependant nous avons pluſieurs ordonnances qui ont défendu les jeux de hazard, celle de ſaint Louis, en 1254; celle de Charles V, en 1369; l'édit de 1511, & l'arrêt du parlement, au mois de Juin de la même année, ont défendu, en général, les jeux de dés & les berlans; ce qui comprend les académies, & les lieux où l'on donne à jouer publiquement.

Tùm etiàm quiâ dubium eſt, apud doctores, ergo in tali dubio conſuetudo excuſat.

43. L'ordonnance d'Orléans, art. 101, défend les jeux de quilles & de dés, à peine de punition corporelle, quoique le jeu de quilles ne ſoit pas un jeu de hazard.

L'article 59 de l'ordonnance de Moulins a encore été plus loin; en voici les termes: *Et parce que nous avons entendu que pluſieurs de nos ſujets, mineurs & en bas âge, ont été tirés par induction à jeux de hazard, auxquels ils ont perdu & conſumé leur jeuneſſe & ſubſtance, avons ordonné que les deniers & biens perdus en tels jeux, pourront être répétés par leſdits mineurs, leurs peres, meres, tuteurs & curateurs, ou proches parens; & voulons iceux biens leur être rendus pour employer au profit deſdits mineurs, & éviter leur ruine & deſtruction, ſans, par ces préſentes, approuver tels jeux entre majeurs, pour le regard deſquels entendons les ordonnances de nos prédéceſſeurs être gardées, & y être tenue la main par nos juges, ainſi que la matiere y ſera diſpoſée.*

Enfin l'ordonnance de 1629 a pouſſé la prévoyance juſqu'où elle pouvoit aller ſur cette matiere; & parce qu'il y a pluſieurs obſervations à faire ſur ſes diſpoſitions qui ſont remplies de juſtice, quoique cette ordonnance ne ſoit pas obſervée, il faut en rapporter les termes.

Article 138. *Déclarons toutes dettes contractées par le jeu nulles, & toutes obligations & promeſſes faites pour le jeu, quelque déguiſées qu'elles ſoient, nulles & de nul effet, & déchargées de toutes obligations civiles & naturelles; Voulons que pour icelles le fait du juge ſoit reçu, nonobſtant toutes ordonnances à ce contraires, auxquelles nous avons dérogé & dérogeons pour ce regard. Voulons & ordonnons que toutes*

leſdites promeſſes ſoient caſſées, & les porteurs d'icelles, ſoit le premier créancier, ou le ceſſionnaire, ſoient non-ſeulement déboutés de leur demande à fin de payement deſdites ſommes portées par leſdites promeſſes; mais auſſi, étant prouvé qu'elles viennent de jeu, condamnés envers les pauvres en pareille ſomme que celles qui ſeront contenues eſdites promeſſes. Défendons à toutes perſonnes de prêter argent, pierreries, ou autres meubles pour jouer, ni répondre pour ceux qui jouent, à peine de la perte de leurs dettes, & nullité des obligations, comme dit eſt, & de confiſcation de corps & de biens, comme ſéducteurs & corrupteurs de la jeuneſſe, à cauſe des maux innombrables que l'on voit provenir chaque jour.

Article 139. *Ordonnons pareillement, que tous ceux qui joueront ſur gages, perdront les gages qu'ils auront expoſés; & ceux même qui auront gages, ſeront confiſqués ſur eux au profit des pauvres, réſervant le tiers au dénonciateur; & outre ceux qui les auront gagnés, ſeront condamnés à pareille ſomme, que celles pour leſquelles ils auront gagné leſdits gages applicable comme deſſus.*

Article 140. *Permettons aux peres & meres, aïeul & aïeule, & aux tuteurs, de répéter toutes les ſommes qui auront été perdues ſur le jeu par leurs enfans, ou mineurs, ſur ceux qui les auront gagnées. Voulons qu'elles leur ſoient rendues; & ceux qui auront gagné ladite ſomme, condamnés à la reſtitution d'icelle, avec dépens, dommages & intérêts, & que la preuve par témoins ſoit reçue, nonobſtant que la ſomme excédât cent livres, à quoi nous dérogé à cet égard.*

Article 141. *Et d'autant que l'effrénée paſſion du jeu porte quelquefois à jouer des immeubles, nous voulons & déclarons que, nonobſtant la perte & délivrance deſdits immeubles, quoique déguiſée en vente & échange, ou autrement, les hypotheques demeurent entiérement aux femmes pour leurs conventions, & aux créanciers pour leurs dettes, nonobſtant tous décrets, s'il eſt prouvé que l'aliénation deſdits immeubles procede du jeu; le tout ſans déroger à notre édit du mois de Mai 1611, fait pour les berlans & jeux de hazard, & arrêt de notre cour de parlement ſur ce donné le mois de Juin enſuivant, leſquels voulons demeurer en leur force & vertu* [*].

[*] C'eſt un préjugé aſſez ordinaire parmi la nobleſſe qu'un gentilhomme eſt obligé, par le point d'honneur, de ſatisfaire à un engagement qu'il a contracté

Apres

Après cela, il reſte à ſçavoir quand la preuve par témoins eſt recevable ou non, en matiere de jeu.

44. 1° Il eſt certain que, ſi ſous prétexte de jeu, on a volé manifeſtement l'argent d'une perſonne, par violence & voie de fait, la preuve eſt admiſſible. La loi 1, *ff. de Aleat.* accordoit l'action *bonorum raptorum*, en ce cas; il eſt vrai qu'elle ajoûtoit que celui même qui a perdu ſon argent, étoit indigne d'obtenir cette action, & qu'il ne la méritoit non plus que ceux qui donnent à jouer chez eux, pour le jeu; mais pour peu qu'on y faſſe attention, on reconnoîtra facilement combien il eſt peu fondé. En effet, perſonne n'ignore par quelles intrigues ſe préparent & ſe concertent ces gains, quelquefois ſi éclatans & ſi rapides, qui, en quelques heures de tems, ruinent ſouvent ſans reſſource un perdant & toute ſa famille. La ſurpriſe & la mauvaiſe foi y ont toujours plus de part que les revers du ſort; & l'on peut dire que les loix de l'honneur réprouvent ces engagemens, loin de les autoriſer.

Si rapinam fecerint inter ſe colluſores vi bonorum raptorum non denegabitur actio.

C'eſt ce qui vient d'être décidé par un tribunal, juſte appréciateur des véritables principes de la nobleſſe & du ſentiment. Voici une ordonnance des maréchaux de France, concernant les obligations du jeu, rendue le 6 Mai 1760. Ils commencent par rendre compte des motifs qui les ont inſpirés.

» L'attention que nous avons toujours » eu de conſerver dans la nobleſſe & le » militaire les ſentimens d'honneur » qu'exige de leur part la plus exacte » obſervation de leurs engagemens, » nous a portés à tenir indiſtinctement » pour obligatoires toutes les dettes » contractées ſous la parole d'honneur. » Il s'eſt néanmoins trouvé que beaucoup de ces dettes n'avoient pas d'autre véritable cauſe que des pertes faites au jeu, pour leſquelles le porteur » de pareils engagemens n'auroit eu aucune action devant les juges ordinaires. Mais une foule de nouveaux exemples nous ont convaincus que nos ordonnances, qui avoient pour unique » but de maintenir la décence dans le » militaire, conduiſoient des officiers, » épuiſés par l'immenſité de leurs engagemens, à une ruine entiere, & les » mettoient ſouvent hors d'état de ſoutenir le ſervice. Ces différentes conſi- » dérations nous font prendre le parti » d'ordonner, ſous le bon plaiſir du roi, » ce qui ſuit:

Art. 1. Nous déclarons que nous n'aurons aucun égard aux demandes qui peuvent être portées devant nous, pour raiſon de créances, qui, procédant de pertes faites au jeu, excéderont la ſomme de mille livres, &c.

Art. 2. Enjoignons à tous ceux qui formeront des demandes pour raiſons des billets faits à leur profit, ou autres engagemens ſous parole d'honneur, de déclarer dans la requête qu'ils nous préſenteront, quelle eſt la véritable cauſe de ces billets & autres engagemens, &c.

M. Catelan, à l'occaſion de l'arrêt que nous rapporterons dans un moment, avoit prévenu ces réflexions. Il remarque le préjugé reçu, que les gentilshommes pouvoient valablement faire des promeſſes, conſentir des obligations pour de l'argent perdu au jeu; qu'ils avoient établi là-deſſus des loix particulieres parmi eux, & qu'ils ſe faiſoient un point d'honneur de les garder. M. Catelan s'écrie: *Mais eſt-ce à des juges qui ont l'intérêt public en main, & de qui cet intérêt doit le plus appliquer l'attention & la vigilance? Eſt-ce à eux à la ſacrifier à des loix qui lui ſont ſi contraires & ſi oppoſées? N'eſt-ce pas plutôt à eux d'ôter au jeu ce crédit malheureux, qui l'entretient, & qui offre de quoi ſuivre toute ſa fureur? N'eſt-ce pas l'intérêt des gentilshommes même, qu'on ne leur ferme pas ces voies légitimes, pour pouvoir avec honneur (car toute voie légitime eſt honnête) ſe tirer de ces occaſions de ruine.*

Susceptores enim dumtaxat prohibuit vindicari, non & collusores quamvis & hi indigni videantur.

auxquels elle la refuse ; mais elle ne la lui ôtoit pourtant pas.

45. 2° Les mineurs qui ont perdu au jeu de hazard, & même à des jeux permis, (ce qu'il faut étendre à tous ceux qui sont sous la puissance d'autrui, & qui n'ont pas la libre administration de leurs biens,) s'ils ont joué une somme notable, sont restituables contre toutes les promesses & obligations qu'ils ont passées ; & la preuve par témoins est recevable en leur faveur, contre ces promesses ou obligations, parce que la même ordonnance de Moulins, qui défend la preuve par témoins contre les actes par écrit, a ordonné que les sommes par eux perdues à ces sortes de jeux, leur seroient rendues : or cette disposition deviendroit inutile en ce cas, si la preuve par témoins leur étoit refusée ; ce qui seroit contre l'esprit de l'ordonnance, qui ne peut être contraire à elle-même ; & le mineur ni son tuteur n'étoient pas même obligés de prendre des lettres en chancellerie contre ces sortes d'obligations, par l'ordonnance de 1629, qui les déclaroit nulles ; & laquelle, quoiqu'elle ne soit observée, marque pourtant quel a été le véritable esprit de notre jurisprudence, & sa conformité sur ce point au droit Romain.

46. 3° A l'égard des majeurs, l'ordonnance d'Orléans défend indistinctement les jeux de hazard ; & ainsi quand il y a une promesse pour cause de jeu, déguisée sous le nom de *prêt*, la preuve par témoins est recevable, nonobstant l'ordonnance de Moulins [*] ; mais il faut que

[*] L'ordonnance de 1667 n'est pas non plus contraire à cette jurisprudence. Les magistrats célebres, qui y présidoient, ont déclaré, comme on le voit dans le procès-verbal de cette ordonnance, sur l'art. 2 du tit. 20, p. 221 & 222, qu'ils n'entendoient pas comprendre dans l'article les faits de jeu & d'usure. Plusieurs desiroient même que l'on en fît un article exprès, ou qu'au moins on ajoûtât ces mots : *En ce non compris les promesses usuraires, & celles qui viennent au jeu.* Mais il fut arrêté qu'on laisseroit les choses à l'arbitrage du juge, lequel se décideroit selon les circonstances de l'affaire, & lorsque les présomptions seroient violentes.

Si le fait du jeu ou de l'usure se présente dénué de preuves, sans aucun appui, sans vraisemblance, ce n'est plus qu'une simple allégation, qui ne peut pas détruire la foi dûe à un acte. Mais si les faits sont circonstanciés, si les présomptions sont fortes, c'est alors que la justice cherche à pénétrer la vérité. Dans la crainte d'assurer l'exécution d'un titre odieux & illégitime, elle a recours à la preuve testimoniale, ou elle permet l'interrogatoire sur faits & articles.

Aussi le nouveau commentateur de l'ordonnance de 1667 donne cette jurisprudence comme constante : « Quand » on allégue, dit-il, le fait d'usure ou » de jeu contre une promesse, on ad-

celui qui la demande, articule que la promeſſe eſt ſimulée, qu'il y ait des préſomptions évidentes de la fraude,

» met quelquefois la preuve par té-
» moins; ce qui dépend des différentes
» circonſtances, & lorſque la préſomp-
» tion eſt violente. »

Les arrêts ont confirmé cette juriſprudence. Deniſart, *verbo* JEU, en rapporte un du 14 Juillet 1745, rendu au rapport de M. de Salabery en la grand'-chambre, qui a déclaré nul un billet de 1200 livres, fait au profit d'un particulier dont la veuve eſt convenue, par un interrogatoire ſur faits & articles, avoir connoiſſance que la cauſe étoit pour argent perdu.

Un nommé Paré avoit gagné vingt-quatre louis au jeu à un particulier, qui lui en avoit fait ſon billet. Quelques jours après, Paré lui avoit propoſé ſa revanche; & lui ayant encore gagné vingt-quatre autres louis, le premier billet avoit été déchiré, & converti en une obligation de quarante-huit louis, qui étoit conçue pour valeur reçue. Le ſieur Paré fut deux ans ſans ſe pourvoir en juſtice pour le payement de cette créance. Après ces deux ans, il en fit tranſport à un tiers, qui commença les pourſuites. Les premiers juges avoient condamné le particulier perdant à payer le montant de l'obligation, il interjetta appel en la cour; & après avoir pris des lettres de reſciſion contre ſon obligation, il demanda à faire preuve que ce billet, cauſé pour valeur reçue, avoit été ſouſcrit pour une dette de jeu. M. Dagueſſau, avocat général, après avoir établi la nullité abſolue des obligations contractées au jeu, par les principes même du droit naturel, cita les articles 138 & 140 de l'ordonnance de 1629, comme formant une loi adoptée par la juriſprudence de tous les tribunaux, & conclut à l'entérinement des lettres de reſciſion; mais, ce qu'il eſt important de remarquer, il déclara qu'il les regardoit comme ſurabondantes, & que la nullité étant abſolue, il n'y avoit pas de voie de droit à prendre pour anéantir l'obligation qui n'avoit jamais exiſté, ni comme civile, ni comme naturelle. L'appellant, par arrêt du 30 Juillet 1693, fut déchargé du contenu au billet, le billet déclaré nul, &, tant le cédant que le ceſſionnaire, condamnés aux dépens.

M. Catelan, tom. 2, chap. 60, en rapporte un rendu au parlement de Toulouſe, le 24 Juin 1662, en la cauſe de Melchior d'Eſpagne, baron de Ramefort, appellant d'une ſentence du ſénéchal de Toulouſe, & François de Saint-Pol, baron de Neſtiès, dont voici le prononcé: « La cour en ce que le ſénéchal, » en condamnant ledit d'Eſpagne à payer » audit Saint-Pol la ſomme de 1350 li-» vres, n'auroit ordonné que ledit Saint-» Pol jureroit que la ſomme de mille » livres faiſant partie des 1350, ne » provient pas d'argent de jeu, a mis » & met l'appellation, & ce dont a été » appellé, au néant; & réformant pour » ce regard, ordonné que ledit de Saint-» Pol ſe purgera préalablement par ſer-» ment ſur le *Te igitur*, Croix & ſaints » Canons de la Meſſe, devant le com-» miſſaire qui ſera député, la ſomme de » mille livres faiſant partie des 1350 » livres contenues en l'obligation du 3 » Janvier 1656, lui être véritablement » dûe, & ne provenir d'argent gagné » au jeu. » Le ſieur d'Eſpagne étoit caution d'un gentilhomme qui avoit conſenti l'obligation, qui n'étoit pas revenu contre ſon acte, qui étoit mort ſans avoir propoſé l'exception qu'il n'auroit peut-être jamais voulu propoſer. Celui qui avoit cautionné, étoit intervenu dans l'obligation, volontairement & de ſang froid; il y étoit intervenu comme *in quamlibet cauſam*..... L'obligation étant vicieuſe & réprouvée, continue M. Catelan, tout eſt emporté, & le cautionnement ne tient pas.

Le parlement de Rouen, par arrêt du 25 Février 1726, a auſſi déclaré nuls des billets faits pour jeu, quoique déguiſés pour valeur reçue.

Un autre arrêt du même parlement, rendu le 1er Juillet 1763, a déclaré nul un billet fait pour jeu, quoique cauſé pour argent prêté. Le débiteur ne prouvoit pas clairement que ce billet avoit été fait pour le payement d'une ſomme perdue au jeu; mais il faiſoit voir que, le jour du billet, les parties avoient joué gros jeu, & que celui qui avoit perdu

parce qu'il eſt lui-même en faute de s'être engagé dans ces ſortes de jeux, où il faut qu'il articule que l'on s'eſt

avoit joué ſans argent. Le porteur du billet reconnoiſſoit bien avoir joué, l'après-midi du jour de ſa date, les portes fermées; mais il ſoutenoit qu'il avoit prêté la valeur du billet le matin; d'où il concluoit que l'occaſion du jeu de l'après-midi ne pouvoit anéantir le prêt fait le matin. Il prétendoit, en ſecond lieu, que tous billets faits pour jeu, ne ſont pas nuls; qu'il faut diſtinguer entre les jeux permis & les jeux défendus; entre les billets faits par les mineurs, & ceux faits par les majeurs, entre les parties qui jouent, & le lieu où l'on joue, c'eſt-à-dire, entre des joueurs de profeſſion, qui jouent dans des académies, par dol & par fraude, & d'honnêtes gens qui jouent de bonne foi, chez eux & chez leurs amis.

Une ſemblable queſtion s'eſt préſentée derniérement en cette cour, entre le marquis d'Atilly & un ſieur de Murray, qui demandoit l'exécution d'une obligation de 127714 livres, paſſée par le premier. Elle étoit formée du montant de deux billets de 49000 livres, & de deux lettres de change, l'une de 36000 livres, & l'autre de 48000 l. Le ſieur de Murray avoit fait ſouſcrire ces billets & ces lettres de change au marquis d'Atilly, auſſi-tôt après le jeu; & pour mieux en déguiſer la cauſe, il avoit exigé que les billets fuſſent ſouſcrits au profit du ſieur Waileh, comte d'Irlande. Les lettres de change étoient auſſi tirées ſur le marquis d'Atilly, à l'ordre du ſieur Waileh. Leur échéance étoit au 21 Mars 1755; & c'eſt ce jour-là qu'avoit été paſſée, au profit du ſieur Waileh, l'obligation en queſtion, par laquelle le marquis hypothéque tous ſes biens pour ſûreté de la ſomme qui y eſt contenue. En conſéquence, on conſent à lui rendre les deux billets de 49000 livres. Pour les lettres de change, il eſt dit qu'elles demeureront entre les mains de ce prétendu ſieur Waileh, juſqu'à ce qu'elles aient été acquittées.

Le ſieur Waileh avoit fait un tranſport de l'obligation au ſieur Selwing, banquier Anglois, qui étoit le banquier du ſieur de Murray, & qui avoit fait ſa déclaration au profit de ce ſieur de Murray, à la ſuite du tranſport, & par le même acte. Depuis ce tems-là, le ſieur de Murray n'avoit pas craint de ſe montrer à découvert; il avoit contracté directement avec lui, au ſujet des créances dont nous venons de parler. Il avoit paru publiquement au nombre de ſes créanciers. Enfin il tranſporta ſa créance ſur la tête du ſieur d'Euſcher de Bottemingue, Suiſſe domicilié à Baſle, qui commença auſſi-tôt les plus vives pourſuites contre le marquis d'Atilly.

Alors le marquis d'Atilly prit des lettres de reſciſion contre l'obligation de 127714 livres, paſſée au profit du ſieur Waileh, ainſi que contre les reconnoiſſances de la dette, & les conſentemens qu'il avoit pu donner depuis. Il forma enſuite ſa demande aux requêtes du palais, en entérinement de ces lettres, & ſur cette demande, fit aſſigner le ſieur de Murray, & le ſieur d'Euſcher de Bottemingue. Il indiqua la véritable cauſe de l'obligation par lui ſouſcrite; fit voir les manœuvres du ſieur de Murray; invoqua en ſa faveur les principes & les ordonnances ci-deſſus rapportés; &, quoiqu'il eût pu demander à faire preuve par témoins des faits du jeu, il commença par obtenir une ordonnance pour faire interroger ledit ſieur de Murray ſur faits & articles. Une ſentence des requêtes du palais, du 7 Mars 1763, rendue ſur délibéré après pluſieurs audiences de plaidoiries: « Sans s'arrêter à » l'oppoſition du ſieur de Murray à » l'ordonnance à fin d'être interrogé » ſur faits & articles, a continué l'au» dience à la huitaine, avec les gens du » roi; pendant lequel tems le ſieur de » Murray pourra ſe faire interroger, ſi » bon lui ſemble, à ſes frais, devant » M. Nouveau de Chennevieres. » L'appel porté en la cour, un arrêt du 21 Mars 1766 a confirmé la ſentence.

Cependant l'auteur de la Nouvelle Collection de Juriſprudence, *loc. cit.* rapporte un arrêt du 12 Juillet 1764, par lequel le débiteur d'un billet à ordre n'a pas été admis à faire preuve que le billet avoit pour cauſe le jeu. Cet auteur,

ſervi de mauvaiſes voies pour le ſurprendre ; car s'il n'y a point eu de fraude, ou qu'il ne puiſſe le prouver, il n'eſt pas reſtituable, les jeux de hazard étant impunis ſuivant nos mœurs, quoiqu'illicites [*].

47. 4° Cette preuve de la fraude ſe peut faire, même par les perſonnes qui ont vu jouer celui qui ſe plaint d'avoir été trompé, quoique leur témoignage ne dût pas être recevable ; parce que, dit Guymier, dans l'endroit de la Pragmatique ci-deſſus cité, on eſt obligé de s'en rapporter à ces ſortes de gens, (dont la réputation n'eſt pas entiere,) parce qu'il ne ſe trouve point d'ordinaire d'honnêtes gens dans ces ſortes de lieux.

Et ſi velles probare quòd luſerit cum falſis taxillis poteſt probari per homines aleatores & ſimilis conditionis & vitæ, quià in tali loco & ludo non conſueverunt adeſſe homines bonæ famæ & vitæ.

48. 5° S'il n'y a ni promeſſe ni obligation, celui qui a perdu, & auquel on a fait crédit, ne peut être aſſigné en juſtice, pour ſe voir condamner à payer ; & la preuve par témoins n'eſt pas admiſſible en ce cas, même entre majeurs ; que ſi, au contraire ; celui qui a gagné articule que, depuis le jeu fini, celui qui a perdu, a promis de le payer, la preuve n'eſt pas recevable de ce fait, quand il ne s'agiroit que d'une ſomme au-deſſous de cent livres, parce que ce ſeroit accorder une action indirecte en faveur du jeu ; ce qui ne doit pas être admis.

49. 6° Dans les jeux permis, qui ſont ceux qui dépendent de la conduite & de l'eſprit de ceux qui jouent, comme le jeu des échecs, ou ceux qui dépendent, en

après avoir rapporté cet arrêt, inſinue que l'ordonnance de 1629 n'a plus lieu, étant antérieure à l'ordonnance de 1667, en quoi il ſe trompe. Cette ordonnance avoit été rendue depuis celle de Moulins, qui n'eſt pas moins formelle que celle de 1667, contre la preuve par témoins ; & elle avoit cru devoir y déroger pour la matiere du jeu. Nous avons auſſi établi ci-deſſus, que l'ordonnance de 1667 n'avoit point entendu rien innover aux diſpoſitions de celle de 1629 à cet égard : ainſi cette derniere ſera toujours de régle en cette matiere, comme tous les juriſconſultes le reconnoiſſent ; mais apparemment que dans l'eſpece de cet arrêt, les circonſtances n'étoient pas telles que nous avons dit qu'elles devoient être pour faire admettre la preuve teſtimoniale, & que les préſomptions n'étoient pas violentes en faveur de celui qui demandoit la nullité du billet.

[*] Les arrêts rapportés ci-deſſus ont jugé que les billets ou promeſſes faites pour le jeu, étoient nulles, quoiqu'il ne fût pas queſtion de fraude ni de ſurpriſe. La loi prononce la nullité des dettes de jeu, comme contraires à l'honnêteté, comme illicites en elles-mêmes : *Déclarons toutes dettes contractées au jeu nulles & de nul effet, & déchargées de toutes obligations civiles ou naturelles*, dit l'ordonnance de 1629, ci-deſſus rapportée. En effet, il ſeroit très-difficile de prouver en cette occaſion la fraude & la ſurpriſe : ceux qui les commettent, prennent trop de ſoin de cacher leurs manœuvres, & ſont trop habiles dans cet art.

partie, du hazard, & en partie de l'eſprit & de l'expérience des joueurs, la preuve par témoins n'eſt pas recevable non plus, en faveur de celui qui a gagné & qui n'a point été payé, & cela par la même raiſon, qu'il n'y a point d'action pour argent gagné au jeu.

50. 7° Si la promeſſe eſt pour argent gagné à un jeu permis, & ſans fraude, entre majeurs, cette promeſſe doit être exécutée [*]; & la preuve par témoins n'eſt pas recevable à l'effet de prouver ſeulement qu'elle eſt conçue pour argent gagné au jeu, quand cette clauſe n'y eſt pas exprimée.

51. 8° Si, au contraire, on articule qu'il y a eu de la fraude en jouant à un jeu permis, & qu'un majeur demande à faire preuve de ce fait, la preuve eſt recevable à l'arbitrage du juge, qui, à cet effet, doit examiner la qualité des parties qui ont joué enſemble; car il y a lieu de craindre que ſur une telle allégation fauſſe, on ne trouvât le ſecret de ſe faire rendre ce qu'on n'auroit pas même hazardé au jeu.

52. 9° Tout ce qui a été dit ci-deſſus, doit avoir lieu avec la même reſtriction, quand un de ceux qui a joué, articule qu'il a joué plus gros jeu, & qu'il a gagné davantage, ou qu'il a joué moins & perdu moins; car la preuve par témoins de ces faits n'eſt pas recevable, ſi ce n'eſt en faveur des mi-

[*] Voici un arrêt qui paroît n'avoir pas adopté la diſtinction des jeux permis & des jeux défendus.

Un ſieur Denis avoit fait un billet à ordre de 755 livres au profit d'un ſieur Cheſneau, lequel en avoit paſſé l'ordre au ſieur Salé, qui en avoit paſſé le ſien au ſieur Mala. Denis alléguoit que ce billet n'avoit d'autre cauſe que l'argent qu'il avoit perdu au jeu de billard, & invoquoit les ordonnances de Moulins & de 1629. Il offroit de payer en affirmant par Mala, que le billet ne provenoit pas du jeu; qu'il en avoit fourni la valeur. Mala répondoit que ces ordonnances n'avoient pour objet que les jeux prohibés, & non le jeu de billard qui étoit permis.

La cour, par arrêt du 25 Septembre 1759, rendu en la chambre des vacations, en infirmant une ſentence de la Rochelle, a condamné Denis au payement du billet, en affirmant par Mala qu'il n'avoit pas connoiſſance que le billet provenoit du jeu, & qu'au contraire, il en avoit fourni la valeur en argent ou en marchandiſes. Cet arrêt, en acceptant les offres de Denis, ſembleroit avoir jugé que toutes les obligations faites pour jeu, ſont nulles, ſoit qu'il s'agit de jeux licites ou de jeux prohibés. Je penſe cependant, qu'il faudroit diſtinguer à ce ſujet les jeux d'*exercice*, & où il n'eſt guères poſſible de préſumer de la fraude & de la ſurpriſe. Cette exception eſt fondée ſur les loix 2 & 3, *ff.* de Aleat. *Præterquàm ſi quis certet haſtâ, vel pilo jaciendo, vel currendo, ſaliendo, luctando, quod virtutis cauſâ fit, in quibus rebus ſponſionem facere licet.* Voyez le Traité des Contrats aléatoires de M. Potier.

neurs, ou en cas de fraude entre majeurs, comme il a été dit.

53. 10° Les mêmes maximes ont auſſi lieu contre ceux qui ont parié au jeu pour les joueurs, & contre ceux qui leur ont prêté de l'argent pour jouer, en faveur deſquels la preuve par témoins n'eſt pas recevable ; car il faut les regarder eux-mêmes comme des joueurs qui excitent les autres à jouer, & qui ne méritent aucune faveur ; auſſi Guymier, *loco citato*, dit que c'eſt comme s'ils jouoient eux-mêmes. Il eſt vrai qu'il diſtingue enſuite, & avec juſtice, entre celui qui prête de l'argent à un autre, ſans ſçavoir que c'eſt pour jouer, & celui qui, voyant jouer un autre, lui en prête quand il n'en a plus ; car à l'égard du premier, ce prêt eſt légitime, à cauſe de ſa bonne foi ; & à l'égard du ſecond, il eſt illicite ; & celui qui a prêté, n'a aucune action pour répéter ce qu'il a prêté, ſuivant le ſentiment de la Gloſe que Guymier cite en cet endroit.

Item non tantùm ludens punitur, ſed etiàm particeps ipſius ludi, licèt ipſe non ludat ; nam particeps in ludo, dicitur facere fraudem legi & ſtatuto, qui ludit per interpoſitam perſonam.

54. 11° Si celui qui a parié, ou pour qui un autre a joué, ou qui a prêté à un majeur pour jouer, eſt un mineur, & qu'il n'en ait aucune preuve par écrit, la preuve par témoins eſt recevable de tous ces faits, car c'eſt comme s'il avoit joué lui-même.

55. 12° Si un mineur a prêté à un mineur pour jouer, ou a parié pour lui, & qu'il ait perdu l'argent ou les gages, la loi dit que la cauſe de celui qui a perdu, doit prévaloir ; ainſi la preuve par témoins eſt admiſſible, quoique l'un & l'autre, comme mineurs, méritent une égale faveur.

Potior eſt cauſa amittentis.

56. 13° Mais ſi un majeur a prêté à un mineur pour jouer à un jeu permis, & qu'il n'y ait point eu de fraude ; alors s'il s'agit d'une ſomme au-deſſous de cent livres, & que cette ſomme, que le mineur a perdue ne ſoit point exceſſive, par rapport à ſes facultés, enſorte que ſon tuteur, s'il eût été préſent, eût pu légitimement la lui fournir pour jouer, on demande ſi la preuve par témoins eſt recevable en faveur du majeur, qui n'a point pris de reconnoiſſance du mineur ; & cette preuve ne doit pas être reçue, quoiqu'il s'agiſſe d'une ſomme moindre de cent livres ; car ce ſeroit donner un moyen indirect au mineur de ſe faire prêter de l'argent pour le dépenſer inutilement,

puiſque le jeu n'eſt pas une dépenſe néceſſaire ; car il eſt certain que celui qui prête à un mineur, ſans autorité de ſon tuteur, & encore plus celui qui prête au mineur pour jouer, eſt préſumé avoir bien voulu hazarder ſon argent, *mutuatur enim perdituro ;* &, par conſéquent, il doit ſuivre entiérement la fortune & la bonne foi du mineur.

57. 14° On demande ſi le mineur qui a gagné une ſomme à un jeu de hazard, ou même à un jeu permis, laquelle ne lui a pas été payée, peut demander à faire la preuve par témoins qu'il l'a gagnée ; & il eſt conſtant qu'il n'y eſt pas recevable, parce que quand il s'agit d'acquérir, les mineurs doivent uſer du droit commun : or, ſuivant le droit commun, n'y ayant aucune action pour le jeu, la preuve, par conſéquent, n'en doit pas être admiſe.

58. 15° On demande ſi un majeur peut demander à faire preuve par témoins qu'un mineur l'a gagné par fraude à un jeu de hazard ; mais il ne doit pas y être reçu ; car il eſt en faute de jouer à un jeu prohibé avec un mineur, celui qui déſobéit à la loi, ne méritant pas qu'elle l'aſſiſte : néanmoins cela dépend des circonſtances & de la prudence du juge ; car, comme il y a des mineurs, *in quibus malitia ſupplet ætatem*, & des majeurs, au contraire, qui ſont toujours jeunes & ſans expérience, dont la ſimplicité peut mériter quelquefois la protection des loix, même contre le mineur, notamment ſi le mineur eſt un joueur de profeſſion, la preuve peut être reçue, car la fraude eſt puniſſable en toutes ſortes d'âges.

59. 16° Au reſte comme la juſtice ne pénetre point l'intérieur, on n'admet point la diſtinction des caſuiſtes, qui font différence entre celui qui joue pour ſe divertir, & celui qui joue pour gagner, ou même pour dépouiller entiérement celui qui joue contre lui : ces diſtinctions peuvent ſervir pour ce qui regarde la conſcience ; mais les juriſconſultes n'y doivent point entrer : ainſi la preuve par témoins de tous ces faits ne doit jamais être admiſe.

60. Il ſeroit trop long d'examiner ici les jeux qui ſont permis, & ceux qui ne le ſont pas : ceux de pur hazard ſont aſſez connus ; ceux, au contraire, qui conſiſtent dans la ſoupleſſe, l'agilité & la force du corps, ou qui dépendent de l'eſprit, ſont licites : ainſi le jeu de paume eſt licite,

parce

parce qu'il exerce toutes les parties du corps, ſuivant la remarque de Gallien, & ainſi qu'il eſt marqué en la loi *Item Mela, ff. ad leg. Aquiliam.* Chopin, Coutume de Paris, l. 3, T. 3, n. 13, en fait l'éloge ; Bardet, tom. 1, l. 2, chap. 2, rapporte pourtant un arrêt du 16 Janvier 1624, qui déclara nulle une promeſſe de cent livres, pour frais de jeux de paume ; mais elle étoit peut-être faite par un mineur, &c : auſſi il ajoûte, *ibidem*, que ce jeu eſt licite, & qu'on a action pour demander ce qu'on y a gagné, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 6 Mai 1607, ſur les concluſions de M. Servin ; cet arrêt eſt rapporté par Chenu, Centurie 2, queſt. 42.

61. Il reſte à parler des faits de force & de violence qu'un majeur articule, à l'effet de ſe faire reſtituer contre une tranſaction ou contre quelqu'autre acte que ce ſoit, qu'il a été contraint de ſigner malgré lui, dont parle Boiceau, en cet endroit ; & il eſt indubitable que la preuve par témoins y eſt reçue, 1° parce qu'il s'agit d'une voie de fait, dont l'ordonnance n'a point parlé, & laquelle eſt un crime, 2° parce que n'y ayant point de conſentement libre ; on ne peut pas dire qu'il y ait eu de convention.

62. Enfin, pour ce qui concerne les actes de la procédure dans le cours d'un procès, la diſtinction de Bartole rapportée par Boiceau, entre les actes, leſquels, ſuivant la coutume ou l'ordonnance, doivent être rédigés par écrit ; & ceux qui ne ſervent qu'à juſtifier de notre diligence, ou à purger la demeure, ou pour arrêter le cours des intérêts, n'eſt point reçue dans notre uſage ; auſſi Boiceau convient que la Novelle de Juſtinien, & la Conſtitution d'Arcadius, qui veulent que les petits procès ſe terminent ſans aucun acte par écrit, ne ſont pas reçus ſuivant nos mœurs ; & que tout ce qui ſe fait en jugement, ou même hors la préſence du juge, doit être rédigé par écrit, &, par conſéquent, prouvé par écrit.

Auth. niſi breves, Cod. de Sententt. 9, ex brevic. recit.

63. Et qu'à l'égard des procédures qui ſervent à juſtifier de nos diligences, des offres réelles & verbales, elles ne peuvent être prouvées par témoins, quoique ce ne ſoit point des contrats, parce qu'outre que ce ſeroit retomber dans l'inconvénient de l'ordonnance, qui eſt la multiplication des faits & la ſubornation des témoins, tous ces

actes & offres ſe doivent juſtifier par écrit ; & ceux qui les font, y ont plus d'intérêt que perſonne, pour en aſſurer la vérité ; ſi ce n'eſt qu'il s'agît, par exemple, de l'offre d'une ſomme au-deſſous de cent livres, laquelle peut être faite de bouche & en préſence des témoins, quand il n'échèt point de conſignation enſuite de cette ſomme. On ne peut auſſi prouver par témoins qu'on a proteſté, en préſence de pluſieurs perſonnes, contre un acte rédigé par écrit, quoique la ſomme ſoit au-deſſous de cent livres, parce que, ſuivant la maxime de droit, la preuve par témoins n'eſt point reçue contre un acte par écrit.

In regno contrà inſtrumentum non admittitur probatio per teſtes, ſecundùm foros & obſervantias, de Probat. niſi cum inſtrumento, vel teſtibus inſtrumentariis ſimul cum notario, qui omnes debent concordare, aliàs nihil agitur. Il cite Bardaxi, for. 4.

64. Au ſujet de cette queſtion de la preuve des actes judiciaires, Joſeph de Seſſe, *Deciſ. Arragoniæ* 28, obſerve que la preuve par témoins n'eſt point permiſe par les ordonnances du royaume d'Arragon contre les actes par écrit, mais qu'il faut une preuve par écrit, ou du moins que les témoins & le notaire qui ont ſigné l'acte, dépoſent contre la teneur de cet acte, & que leur témoignage ſoit conforme, & cite Molina ſur cette ordonnance.

65. Il ajoute que même cette preuve par les témoins inſtrumentaires, & par le notaire, n'eſt pas reçue quand il s'agit de la preuve d'une exception propoſée par le défendeur, laquelle va à retarder la conteſtation en cauſe, & qu'en ce cas la vérité de cette exception doit être prouvée ou par écrit, ou par le ſerment du défendeur, ou par une confeſſion faite en jugement, ſoit que la demande qui eſt intentée contre lui, ſoit fondée ſur un titre par écrit ou non ; il obſerve que cette juriſprudence n'a lieu qu'à l'égard des exceptions dilatoires : Par exemple, ſi le défendeur allégue une ſentence, une tranſaction, & qu'il demande, par forme d'exception, à en faire preuve par la dépoſition des témoins qui demeurent dans des pays éloignés ; car en cas, l'ordonnance veut qu'il prouve par écrit ſon exception dans dix jours, & lui en défend la preuve par témoins.

66. Mais ſi c'eſt une exception péremptoire qui décide le fond de la conteſtation ; en ce cas, dit-il, la preuve par les témoins inſtrumentaires, & par le notaire peut être reçue ; ce qui a auſſi lieu à l'égard du demandeur, quand il allégue une exception contre les défenſes du défendeur, par la même raiſon que l'ordonnance ne préſume pas qu'il

propoſe cette exception pour allonger la conteſtation ; & il rapporte un arrêt de la cour de juſtice d'Arragon, du 15 Décembre 1603, qui le jugea ainſi, lui préſent en qualité de conſeiller de cette cour.

67. Carpanus, ſur le ſtatut 88 de Milan, après avoir dit que les actes judiciaires ne ſe peuvent prouver que par écrit, dit que c'eſt par cette raiſon que, par ce ſtatut, le ban, l'émancipation, l'interdiction de biens, ne peuvent être prouvés que par écrit, parce qu'à l'égard du ban, de l'émancipation, & de l'interdiction de biens, il faut qu'il intervienne une ſentence, & que par ce ſtatut il eſt dit que les ſentences doivent être rédigées par écrit.

CHAPITRE XI.

Des Inſinuations dont l'Original ne ſe trouve pas, & autres Actes ſemblables.

SOMMAIRE.

1. *Deux queſtions au ſujet des inſinuations ; la premiere, concernant un contrat de vente ;*
2. *La ſeconde, concernant une donation.*
3. *Diſtinction quand la donation a été inſinuée à la requête du donateur & du donataire conjointement.*
4. *De quelle maniere les donations ſe faiſoient à Rome, & ce que la loi entend par ce mot,* Monumenta.
5. *De la donation inſinuée à la requête du donataire ſeul.*
6. *Des inſinuations en matiere bénéficiale.*
7. *Si l'acte d'inſinuation n'étant pas dans les formes, il peut ſervir de commencement de preuve par écrit de la donation, quand cette donation n'eſt point rapportée, & ſi la preuve par témoins eſt recevable en ce cas.*
8. *Sentiment de Boiceau ſur cette difficulté pour l'affirmative.*

1. IL s'eſt préſenté deux queſtions ſur ce ſujet ; l'une touchant un procès mû depuis peu en jugement, dans

1. QUÆSTIONES duæ circà hunc articulum ſuborꝛtæ ſunt : una, in judicio nuper diſputata eſt, de actu inſinuationis, qui dorſo inſtrumenti venditionis adſcriptus oſtendebatur, in regeſto

lequel il s'agiſſoit d'un acte d'inſinuation qui ſe trouvoit écrit au dos d'un contrat de vente, de laquelle inſinuation cependant il ne ſe trouvoit point de minute au greffe ; ce qui donna occaſion à un lignager d'intenter l'action de retrait, quoiqu'il y eût plus de vingt-cinq ans que la vente eût été faite, fondé ſur ce que, ſuivant l'art. 320 de la coutume de Poitou, (où cet héritage étoit ſitué,) l'an du retrait ne commence à courir que du jour de l'inſinuation du contrat de vente faite au greffe : l'acquéreur alléguoit pour défenſes, l'inſinuation que le greffier lui-même avoit tranſcrite au dos de ſon contrat, & ſoutenoit qu'il n'y avoit point de ſa faute, ni aucune négligence de ſa part ; que s'il ne ſe trouvoit point de minute originale de cette inſinuation, il falloit l'imputer, ou à la négligence du greffier, ou peut être à ſa mauvaiſe foi, ou bien que cette minute pouvoit s'être perdue durant les guerres, ou par quelqu'autre accident imprévu ; & il prétendoit, par conquent, que cela ne pouvoit retomber ſur un acquéreur qui, de ſa part, n'avoit point manqué à prendre les ſûretés que la loi lui preſcrivoit ; la négligence d'un officier ne devant pas être imputée à la partie, mais à l'officier même : en telle ſorte qu'il eſt permis, en ce cas, d'agir contre lui, comme il eſt vulgaire en droit, & que même le juge eſt tellement reſponſable de la faute qu'il a commiſe par imprudence, qu'il eſt tenu de l'événement du procès envers la partie ; & que c'eſt pour cela que ſi le juge n'a pas tenu l'au-

---

autem graphico nihil prorsùs de protocollo ſeu originali dictæ inſinuationis reperiebatur ; & hâc ratione motus fuit conſanguineus ad offerendum emptori, jure ſanguinis, quamvis anni pluſquàm viginti quinque elapſi eſſent à tempore venditionis : dictante conſuetudine, *a* annum conſanguineorum nonniſi à die inſinuationis factæ apud acta, excurrere. Emptor verò excipiebat de ſuo actu inſinuationis à publico actuario ſibi dato, & ſuæ venditioni adſcripto ; ideòque aïebat nihil ſibi culpæ vel negligentiæ attribui poſſe. Nec obſtabat protocolli defectio, quæ negligentiâ, aut forsàn malitiâ officialis, ſeu grapharii regeſtum habentis, evenerat, vel etiam tempore belli, aut aliâ inopinatâ occaſione accidere potuerat : atque ità hæc omnia & ſimilia emptori diligenti, & non moroſo, imputari non poſſe, defendebat : cùm incuria & negligentia officialis non parti, ſed ipſi officiali imputari debeat, ut in eum agatur, quemadmodùm in jure noſtro ſatis vulgatum eſt : *a* imò nec imprudentia judicis, parti, ſed ipſi judici, ut litem ſuam faciat,

a *Art. Conſuet.* 320, des Rer. lignag.

b *L. Argentarius, §. Cùm autem, ff. de edendo.*

dience, & que la partie ſe ſoit préſentée, l'abſence du juge ne peut lui nuire. Que de plus, quand il n'y a eu aucune négligence de notre part à faire ce qui nous eſt ordonné, on ne peut pas dire que nous ayons été en demeure, comme dit fort bien le juriſconſulte Paulus : or eſt-il que, dans l'eſpece propoſée, l'acheteur, de ſa part, avoit ſatisfait à ce que la loi demandoit ; car il avoit, ſuivant la coutume, porté ſon contrat au greffier pour l'enſaiſiner, & afin qu'il le tranſcrivît ſur ſon regiſtre ; ce greffier lui en avoit expédié l'acte, comme l'ayant effectivement regiſtré, & il avoit écrit au dos de ce contrat de vente l'acte d'inſinuation. Que pouvoit faire davantage un acquéreur diligent & exact ? Auroit-il été juſte, après avoir ſatisfait de ſa part à tout ce qu'il étoit tenu de faire en ce cas, de lui imputer la négligence, le dol, ou le défaut de mémoire du greffier, qui avoit oublié d'inſérer cet acte dans ſes regiſtres ? De plus, il mettoit en fait que le greffier avoit écrit la minute de cet enſaiſinement ſur une feuille volante de papier, comme il avoit coutume de faire, pour la tranſcrire enſuite ſur ſon regiſtre dans ſon ordre ; ce que la plûpart des greffiers ont auſſi coutume de faire, & que cette feuille volante s'étoit perdue durant les guerres, ou faute par lui d'en avoir ſoin ; & par toutes ces raiſons, on admit cet acheteur à faire la preuve par

---

adſcribi ſoleat, *a* & abſentia defectus judicis, ei qui judicio ſe ſiſtere curavit, obeſſe non poſſit. *b* Prætereà, ubi nulla negligentia, in faciendis eis quæ facere debemus, imputari poteſt, ibi nulla mora exiſtimatur, ut eleganter docet Paulus : *c* Atqui in ſpecie propoſitâ, emptor fecerat quod debuerat : nempè, ex legis municipalis præſcripto, contractum emptionis actuario exhibuerat, ut in regeſtum redigeretur, quod actuarius ſe feciſſe teſtabatur, ſcribens inſtrumento verſo, actum inſinuationis : quid ergo diligentiùs facere poterat emptor ? Nunquid, ſi negligens, vel doloſus, vel immemor fuerit grapharius, in non ſcribendo protocollo in regiſtris juridicis, ab omni culpâ liberari non debebit emptor : qui fecit quod debuit ? Item, dicebat emptor, protocollum factum fuiſſe ab actuario in quodam chartæ breviculo, ut ſolitus erat facere, donec in librum graphicum actum hujuſmodi in ſuo ordine tranſcriberet, ut ſæpè fieri ſolet per actuarios ; quod tamen breviculum inſerere actuarius omiſerat, interimque breviculum illud, tumultu forsàn bellorum aut incuriâ amiſſum fuit. Idcircòque emptor ad-

a *L. Si per imprudentiam, ff. de Evict. l. Si judex, ff. de var. & extraord. cog.*

b *L. 2, §. Si quis judicio, ff. Si quis caut.*

c *In L. Si ſervum, ff. de verb. Oblig.*

témoins que plusieurs personnes avoient vu cette minute au greffe ; ce qu'effectivement il prouva.

D'autre part, le retrayant soutenoit qu'il n'y avoit eu aucun acte d'ensaisinement, puisqu'on ne le rapportoit point, & qu'en termes de droit, on ne fait point de différence entre ce qui n'est point & ce qui ne paroît point. Qu'à l'égard de l'acte d'ensaisinement inscrit au dos du contrat de vente, il étoit de nulle conséquence, puisque cette vente n'étoit point venue, par le moyen de cet acte, à la connoissance des lignagers, qui, par conséquent, n'avoient pu être constitués en demeure, suivant la forme prescrite par la coutume, qui veut non-seulement que l'ensaisinement soit inséré au dos du contrat de vente, mais même qu'il soit inscrit tout au long, suivant l'ordre de sa date, sur le registre du greffe, afin que les lignagers puissent avoir connoissance qu'un héritage propre dans leur famille a été vendu à un étranger, & que l'acquéreur avoit dû veiller à ce que cela fût exécuté de point en point, suivant la forme prescrite par la coutume, afin qu'on ne lui pût objecter qu'il étoit en demeure de sa part ; laquelle négligence est imputée aussi bien à celui qui est effectivement négligent, qu'à celui qui ne s'acquitte que par maniere d'acquit de ce qu'il doit faire avec exactitude. Ce retrayant ajoûtoit que cet acte d'ensaisinement, étoit en quelque sorte indivisible, suivant la loi ; & que, dans ce cas, celui qui ne fait qu'une partie de ce qu'il

---

missus fuit ad probandum testibus, prædictum insinuationis breviculum, inter acta graphica sæpè visum fuisse, & ità probavit.

Ex adverso autem, actor consanguineus dicebat actum insinuationis nullatenùs factum fuisse, cùm de eo nullatenùs appareret : ideòque de his quæ non apparent, & quæ non sunt idem esse judicium. *a* Nec obstabat, actum insinuationis retrò scriptum fuisse, cùm ex eo, nihil penitùs innotuerit consanguineis, qui propterea nullâ in morâ constituti fuerunt secundùm formam à lege municipali præfixam, quæ vult insinuationem non tantùm dorso instrumenti conscribi, sed etiàm in locum regestorum suo ordine redigi, ut nota sit consanguineis alienatio : quod in formâ illâ specificâ fieri, curare debuerat emptor, ut omnimodam moræ excusationem haberet, quæ etiàm negligenti aut perfunctoriè agenti adscribi solet. *b* Addebat quoque, actum illum insinuationis, à lege individuum præscribi : atqui nihil feciisse videtur, qui individui para

a *L. In lege, ff. de contrah. emp. & L. Duo sunt Titii, ff. de Test. tutel.*

b *L. 2, §. Si quis tamen cùm posset, ff. Si quis caut.*

doit, eſt cenſé n'avoir rien fait ; & pour marquer que l'acheteur n'avoit pas eu toute l'exactitude qu'il devoit, le retrayant rapportoit le regiſtre du greffier pour cette année, dans lequel il ne ſe trouvoit pas un mot de cette inſinuation; c'eſt pourquoi il ſoutenoit que l'on ne devoit avoir aucun égard au témoignage de ceux qui atteſtoient qu'ils avoient vu cet acte d'enſaiſinement entre les minutes de ce greffier, parce que cet acte qu'il rapportoit ne ſe trouvant pas inſcrit dans le regiſtre où il devoit être inſéré, ne lui pouvoit ſervir, n'étant pas dans la forme requiſe par la loi.

Néanmoins, nonobſtant toutes ces raiſons, après une longue conteſtation de part & d'autre, le lignager fut débouté de ſes offres & de ſon action en retrait, par ſentence rendue en notre préſidial de Poitiers, le dernier Juillet 1571, au profit de Réné Arnoul, échevin de cette ville, (acquéreur,) laquelle ſentence fut depuis confirmée par arrêt de la cour du parlement, du 29 Août 1573; d'où je conclus que la preuve par témoins eſt recevable, quand la minute originale de l'acte d'inſinuation n'eſt point rapportée, dans le cas auquel il eſt conſtant que le greffier a écrit au dos du contrat de vente, que l'acquéreur avoit fait cette inſinuation ; car, quoique dans l'eſpece ci-deſſus, la vente qui étoit l'origine de ce procès fût antérieure à l'ordonnance de Moulins ; néanmoins en pareil

---

tem tantùm fecit : *a* & ut oſtenderet actor emptorem non ſatis diligentèr inſinuationem curaſſe, proferri fecit librum graphicum illius anni, quo emptio facta fuerat, in quo quidem libro nihil penitùs de inſinuatione reperiebatur : ideòque contendebat nihil obeſſe teſtimonium eorum qui dicebant ſe breviculum inſinuationis inter acta aliquando vidiſſe : quià, quod ſuo loco ſcriptum non fuerat, ſed minùs ſolemniter ſecundùm legem impletum, emptorem relevare non poterat. *b*

a *L. Dicere*, §. *Sed ſi de pluribus*, *ff. de recep. Arb. L. Fuit ſum*, *C. qui teſtament. fac. poſſ.*

His tamen non obſtantibus, poſt longas hinc indè diſputationes, conſanguineus actor à ſuâ oblatione & actione repulſus fuit, & emptor abſolutus, ſententiâ in præſidiali noſtro ſenatulo latâ, *c* pro domino Renato Arnolio, Pictavienſi decurione : quæ ſententia ſupremi ſenatûs Pariſienſis arreſto confirmata fuit. *d* Hinc elicio teſtium probationem admitti debere, pro actu inſinuationis, graphico protocolſo deficiente, ſi jam conſtet actuarium inſtrumento emptionis retrò ſcripſiſſe, inſinuationem per emptorem fuiſſe factam. Nam quamvis præfata lis ante hanc

b *Dict. L. Dicere*, *ff. de recep. Arb.*

c *Die ult. Jul. ann.* 1571.

d *Die 29 Aug.* 1573.

cas, j'eſtimerois que la preuve eſt admiſſible, quand le greffiera inſéré au dos du contrat l'enſaiſinement ; à l'effet de juſtifier que, quoique cette minute n'ait point été tranſcrite ſur le regiſtre du greffe, elle a été vue de pluſieurs perſonnes au nombre de ſes minutes, y ayant déja un acte écrit par le greffier au dos du contrat de vente, lequel eſt un acte authentique, qui fait foi en juſtice, & pour lequel la loi préſume toujours, auſſi-bien qu'en faveur du témoignage d'un notaire, ſuivant ce que décident Bartole, Balde, Décius, & autres.

2. L'on m'a propoſé une autre queſtion touchant une certaine donation entre-vifs, dont l'inſinuation ſe trouvoit écrite ſur le regiſtre du greffe de la cour ; mais on ne trouvoit ni la minute originale, ni aucune expédition de cette donation. Le donataire ſoutenoit qu'elle avoit été perdue, & qu'il ne ſçavoit pas par quel accident, parce qu'il ne vouloit pas ſe charger de prouver qu'elle eût été perdue par incendie, par naufrage, par la guerre ; mais il prétendoit que ce ſeul regiſtre où elle étoit inſinuée, devoit faire foi en juſtice de la vérité de cette donation ; ce qui faiſoit naître deux difficultés ; la premiere, de ſçavoir ſi ce regiſtre où elle étoit inſinuée, étoit une preuve ſuffiſante de cette donation ; la ſeconde, ſi ſuppoſé que ce regiſtre ne ſuffit pas pour la prouver, nonobſtant la

---

legem regiam cauſam habuerit : eveniente tamen ſimili caſu teſtium probationem admitti debere putarem, ad probandum inſinuationem apud acta aliquando viſam fuiſſe, ſi jam conſtet de actu authentico, inſtrumento venditionis adſcripto, quia jam conſtat de ſcripturâ fidem publicam præ ſe ferente, pro quâ, ſicut & pro ipſo notario, ſemper præſumi debet : quemadmodùm de notariis, aliiſque perſonis fidem publicam habentibus, concludunt Bartolus, *a* Baldus, *b* Decius, *c* & alii. *d*

2. Altera quæſtio fuit mihi propoſita, de quâdam donatione inter vivos : cujus inſinuatio in regeſto Curiæ reperiebatur ; ipſa verò donatio, nec in protocollo, nec in formâ authenticâ oſtendebatur : dicebat autem donatarius, donationem deperditam fuiſſe, nec ſciebat quo caſu : incendium enim, naufragium, vel bellum, vel inſtrumenta ſurrepta allegare, & probare nolebat ; ſed donationis fidem, ex ſolo inſinuationis regeſto elici debere contendebat. Hinc duo oriebantur dubia. Primum, an ex prædicto ſolo actu inſinuationis, ipſa donatio ſatis comprobaretur ? Secundum, an, ſi non ſufficeret inſinuationis fides, teſtibus prohi-

a *Ad L. Quoties, §. 1, ff. de Hæred. inſt.*

b *Ad L. Errore, C. de teſtament.*

c *Ad L. Si Libearius, ff. de Reg. jur.*

d *Decius, Conſ. 25, Alciat. in tract. præſump. 13, præſumpt.*

prohibition de l'ordonnance de Moulins, cette demi-preuve pouvoit être ſuppléée par la dépoſition des témoins, qui diſoient avoir été préſens quand cette donation avoit été faite.

3. Quant à la premiere difficulté, j'eſtime qu'il faut diſtinguer; car, ou l'inſinuation a été faite par le donateur, & par le donataire conjointement; & en ce cas, il n'y a nulle difficulté, parce que c'eſt une reconnoiſſance faite en juſtice de la vérité de cette donation, laquelle doit faire foi en faveur & contre ceux qui l'ont faite, ſuivant la maxime de droit, que les énonciations des actes faites dans d'autres actes anciens & authentiques, doivent faire foi : ou l'inſinuation a été ſeulement faite à la requête du donateur; & alors, ſi ce donateur s'eſt préſenté lui-même en jugement lors de l'inſinuation, j'eſtimerois, ſauf meilleur avis, que ce regiſtre du greffe où cette inſinuation ſe trouve inſérée, doit faire foi de la vérité de la donation, quoique l'original n'en ſoit point rapporté, & cela par pluſieurs raiſons; ſçavoir, parce que quand il y a preuve d'une choſe par un témoignage public, il n'eſt point néceſſaire d'avoir recours au témoignage privé, dit l'empereur Juſtinien.

4. Bien davantage cette inſinuation ſeule, faite ainſi à la requiſition du donateur, peut paſſer pour une donation par lui faite en jugement; ce qui ſe faiſoit même ainſi à

ſuppleri poſſet ? Qui teſtes teſtificarentur, ſe ei donationi cùm fieret, adfuiſſe, non obſtante hâc lege regiâ.

3. Ad primum dubium, ità diſtinguendum putarem. Aut enim inſinuatio, ab ipſo donante, & donatario ſimul, facta fuit; & tunc, res clara eſt, quià hæc eſt judiciaria enunciatio quæ pro & contrà enunciantes perpetuam ſemper habebit fidem, ex vulgatâ juris diſpoſitione, quæ de verbis enunciativis nobis tradita eſt. *a* Aut verò, ab ipſo donatore tantùm facta eſt inſinuatio; & tunc, ſi præſens ipſemet in judicio fuerit, putarem, (ſalvo meliori judicio) ſolum inſinuationis regeſtum donationem ſatis probare, tametſi donationis inſtrumentum non appareat, præterquàm ex ipſâ tranſcriptione in regeſto, per donatorem facta, his rationibus : quià, ubi publicum eſt teſtimonium, privato opus non eſſe dixerit Imperator.

a In L. Optimam, C. de contrah. & commit. ſtip.

4. *b* Imò talis profeſſio à donatore in judicio facta pro donatione in judicio factâ accipi poſſe, ut & videre eſt, olim donationes, ut plurimùm, in judicio fieri conſueviſſe, ad majorem fidem & cautionem,

b In L. In donationibus, C. de donation.

Rome, afin que les donations fuſſent plus authentiques, & pour une plus grande ſûreté, comme il paroît par les termes de cette loi : *Nous avons déja ordonné par une conſtitution précédente, que les donations ſeroient faites en jugement*, &c. Ainſi comme la donation dépendoit du fait du donateur, l'inſinuation dépendoit auſſi de ſa volonté; du moins il les publioient eux-mêmes, ſuivant qu'il paroît par les termes de la Conſtitution de Juſtinien, quand il dit que *les donations pour cauſe de nôce, ſe doivent inſinuer à la requête des maris, afin*, dit l'empereur, *que ſi l'acte qui contient la donation vient à être perdu, ce qui peut arriver facilement, la preuve en puiſſe ſubſiſter dans* (ce qu'on appelle) *les monumens du mariage;* & ce mot *monument* ſignifie les regiſtres publics où ſont inſérés les actes qui ſe font en jugement, leſquels ſont appellés ainſi par l'empereur Honorius, quand il dit : *Nous voulons que les choſes qui ſont inſérées dans les monumens publics ſoient inviolables*, &c. Ajoutez à cela que, quand un teſtateur a reconnu & déclaré qu'il a donné quelque choſe à Titius, par un billet qu'il lui a écrit, il confirme la donation, quoique ce billet dont il parle ne ſoit point rapporté; c'eſt ce que dit Ulpien dans une loi : *Que mes héritiers apprennent par cette écriture, que j'ai donné mon habit à*, &c. Ajoûtez à cela qu'une telle déclaration, ainſi faite en jugement par le donateur, ne peut plus être rétractée, comme dit Papinien.

---

a *In L. Datâ, C. eodem.*

b *L. In hâc, C. de donat.*

c *§. Illud autem, in Auth. ut fratr. fil. coll. 9.*

d *L. fin. C. de Re jud. notat. in l. chirographis, ff. de admit. tut.*

e *L. Si donatio. C. de donat.*

f *L. Ex à ſcripturâ, ff. eodem.*

g *In l. Quidam in jure interrogatus, ff. eodem.*

ex verbis imperatoris, cum ait *a* : *Datâ jampridem lege, ſtatuimus, ut donationes interveniente actorum teſtificatione conficiantur*, &c. Et quemadmodùm donationes à voluntate ejus pendebant, ità etiam & inſinuationes, *b* vel ſaltem ab ipſiſmet donatoribus publicabantur, ut ad hæc faciunt expreſſa Juſtiniani verba, cùm de inſinuandis ob nuptias donationibus, ait, *c* ab ipſis maritis inſinuandas eſſe, *Ut ſi principalia inſtrumenta pereant quod facilè eſt*, (inquit) *per monumenta matrimonii, earum probatio maneat.* Monumenta autem vocat acta judicialia, ut in ſimili cenſet Honorius imperator, *d* his verbis, *Geſta quæ ſunt tranſlata in publica monumenta habere volumus perpetuam firmitatem*, &c. Facit etiam, quòd teſtator recitans vel enuncians ſe per epiſtolam donaſſe Titio, donationem probat, etiamſi nuſquam appareat epiſtola enunciata, *e* cui adſtipulatur Ulpianus, *f* cùm ait, *Ex hâc ſcripturâ ſciant hæredes mei, me veſtem meam donaſſe*, &c. Adde quod profeſſio, ſeu confeſſio, in judicio ſemel emiſſa, à confitente infirmari non poteſt, ut loquitur Papinianus. *g*

5. De tout cela, il paroît que la vérité de la donation eſt ſuffiſamment prouvée par l'inſinuation faite à la requête du donateur, & inſérée dans le regiſtre, quoique l'original n'en ſoit point rapporté. Que ſi l'inſinuation n'a été faite qu'à la requiſition du donataire, j'eſtime, en ce cas, que cette inſinuation ne peut ſervir de preuve au préjudice du donateur ni de ſes héritiers, par la raiſon que cette inſinuation ne tient lieu que d'une ſimple expédition & d'une copie, dont l'énonciation ne peut faire préjudice à un tiers, ſuivant l'Authentique de Juſtinien. De plus, quand cette copie ſeroit faite par ordonnance du juge, elle ne feroit point encore foi; la partie intéreſſée, (qui eſt le donateur,)n'y ayant point été appellée; ce qui eſt conforme au ſentiment de Bartole, de Panorme, & d'Hoſtienſis. Ajoutez à cela que l'inſinuation n'a pas été ordonnnée par la loi comme un moyen pour donner; mais elle ne l'a autoriſée que comme un moyen pour prévenir les fraudes domeſtiques & clandeſtines. Et quelle plus inſigne fraude pourroit-il y avoir, que s'il étoit permis à un chacun de prouver qu'il y a eu une véritable donation à ſon profit, ſous prétexte de l'inſinuation d'une donation fauſſe & ſuppoſée, qu'il ſe feroit expédier par un greffier: ne ſeroit-ce pas permettre de ſe rendre témoignage à ſoi-même;

---

5. Ex his ſatis firmum videtur, donationem à donante inſinuatam, & in actis tranſcriptam, ſeu, ut vulgò dicitur, incorporatam, donationis probationem habere, etiamſi alitèr de inſtrumento authentico non conſtet. Si verò ab ipſo ſolo donatario facta eſt inſinuatio, tunc puto hanc ſolam inſinuationem donationis fidem non habere, in præjudicium donantis, aut ejus hæredum, his rationibus, quòd talis inſinuatio, donationis tantùm exemplum ſeu copia videatur, cujus mentio ſeu tranſlatio, in præjudicium tertii fidem habere non poteſt, ex Novellâ Juſtiniani. *a* Item exemplum, tametſi à judice factum ſit, nullius tamen eſſe momenti certum eſt, niſi parte, cujus intereſt, vocatâ, ex doctrinâ Bartoli, *b* Panormitani, *c* & Hoſtienſis. *d* Prætereà, inſinuatio ad effectum donandi inſtituta non fuit, ſed tantùm, ut clandeſtinis & domeſticis fraudibus obviàm iretur. *e* Nam quæſo, quæ fraus pejor inveniri poſſet, quàm ſi quilibet pro arbitrio, donationem ſibi factam, falsò ſupponens, & ab actuario, ex eâ falsâ donatione, inſinuationem exigens, ex his donationem probare poſſet? Nempè in re ſuâ propriâ teſtis videretur, quod abſit: *f* ideòque putantes fraudem domeſticam

a *Auth. Si quis in aliquo, C. de Edend.* §. *Et hoc in Auth. ut ſponſ. larg. coll.* 9.

b *In Auth. Si quis in aliquo, C. de Edendo.*

c *In cap. Cùm P. Tabellio extr. de Fid. inſtrum.*

d *In cap. Significaſti, extr. de teſt. cog.*

e *L. Datâ, C. de donat.*

f *L. Omnibus, C. de teſtib.*

ce qui ne doit point être permis : ainſi, en penſant prévenir les fraudes domeſtiques par le moyen de l'inſinuation des donations, on ſeroit expoſé à une fraude qui ſe commettroit publiquement, ſi on ajoûtoit foi, en ce cas, à une pareille inſinuation ; & ainſi, contre la maxime commune de droit, ce qui n'a été introduit qu'à une ſeule fin, ſeroit étendu à une autre toute différente.

6. Or c'eſt par cette raiſon qu'en matiere bénéficiale, les inſinuations des proviſions d'un bénéfice qui ſont ordonnées pour les rendre publiques, & empêcher les fauſſetés, ne peuvent jamais avoir la force, ni tenir lieu d'un titre légitime, parce qu'elles ne ſont pas introduites à cet effet ; & je l'ai entendu ſouvent décider ainſi par d'habiles conſultans.

7. Il reſte la ſeconde difficulté, qui concerne davantage l'ordonnance de Moulins, que ce qui vient d'être dit ; car on demande ſi, quand on ne trouve qu'une inſinuation imparfaite de la donation au greffe, qui ne peut faire foi qu'il y ait eu une donation, comme ſi, par exemple, l'inſinuation n'a été faite que par la donataire ſeul, ainſi qu'il vient d'être obſervé, & qu'il ne ſe trouve point d'original de la donation ; ſçavoir ſi on peut ſuppléer cette preuve par la dépoſition des témoins, c'eſt-à-dire de ceux qui déclarent qu'ils ont été préſens lors de la donation, & qui peuvent rendre témoignage de ce qu'elle contient ; & il

---

vitare, in fraudem publicam quotidiè incideremus, ſi tali inſinuationi, per ſolum donatarium factæ, crederetur ; & quod ad unum effectum ſtricto jure inductum eſt, ad alium effectum traheremus, contrà communem juris regulam. *a*

6. Et hâc ratione ſæpè viſum fuit in beneficiariis litibus, inſinuationes titulorum, factas apud actuarios eccleſiaſticos, ad finem publicandi, & falſitates vitandi, vim & formam titulorum habere non potuiſſe, cùm ad hunc effectum inductæ non fuerint : & ità à doctoribus ſæpè conſultum audivi.

7. Supereſt ſecundum dubium, ad noſtram regiam conſtitutionem magis perſinens, quàm ſuperiùs diſcuſſum ; nam quæſitum fuit, ſi actus inſinuationis tantum apud acta reperiatur ità imperfectus, ut donationis probationem non habeat, quia forsàn à ſolo donatario facta fuerit inſinuatio, ut jam diſcuſſum eſt, nec aliud authenticum donationis inſtrumentum oſtendatur, an teſtibus juvari poſſet ejuſmodi inſinuatio, teſtibus, inquam, iis qui ſe donationi interfuiſſe aſſeverent, & de ejus

a L. *Legata & ibi notat. de adi. legat. l. Si is qui, ff. de Uſucap. & ibi etiam not. l. Si verò non remunerandi*, §. 1, *ff. de Mand.*

ſembleroit que cette preuve ne doit pas être reçue, parce que la donation, ſur-tout celle qui eſt faite entre-vifs, eſt obligatoire de part & d'autre, &, par conſéquent, du nombre des contrats : or eſt-il que cette ordonnance royale défend la preuve par témoins des conventions au-deſſus de cent livres ; c'eſt pourquoi cette preuve par témoins ſeroit nulle en ce cas, ou du moins imparfaite, parce que l'ordonnance le défend, de même que l'inſinuation faite à la requiſition du ſeul donataire eſt imparfaite ; & ainſi il eſt certain, en droit, que de deux choſes imparfaites, on n'en peut faire une parfaite, c'eſt-à-dire, du moins dans celles qui conſiſtent dans certaines formalités que la loi a preſcrites.

8. Nonobſtant toutes ces raiſons, j'eſtime qu'il ſeroit plus équitable de ſuppléer par la preuve par témoins, le commencement de preuve qui réſulte de cette inſinuation ; notamment ſi le greffier affirme qu'il a vu la minute de la donation, en forme authentique & en original, & qu'il a tranſcrit l'inſinuation ſur cet original, ſuppoſé que le juge ne remarque dans cette affirmation aucune circonſtance de fraude. Ce qui me fait pencher du côté de cette opinion, c'eſt que l'ordonnance de Moulins, dans ſa ſeconde Partie, admet la preuve qui ſe peut tirer des actes ſous ſignature privée : cependant, ſi la vérité d'un acte ſous ſeing privé eſt déniée, elle peut être prouvée par témoins,

---

tenore teſtificentur. Et, videretur ſanè teſtes recipi non debere, cùm donatio, maximè ea quæ inter vivos ſit, contractus ſit obligatorius, & inter veros contractus annumeretur : *a* atqui hæc regia ſanctio contractus teſtibus probari vetat, ſi libras centum excedant, ideò nulla eſſet eo caſu teſtium probatio, aut ſaltem imperfecta, cùm à noſtrâ conſtitutione non recipiatur ; ſicut & inſinuatio à ſolo donatario facta, imperfecta videtur : atque ità ex duobus imperfectis perfectum fieri non poſſe certi juris ſit ſaltem in iis, quæ à juris ſolemnitate pendent. *b*

8. His tamen non obſtantibus putarem, æquiùs fore teſtibus hanc inſinuationem juvari, ſi actuarius teſtificetur ſe donationem in formâ authenticâ vidiſſe, & tranſcripſiſſe, & ſi nihil aliud ſuſpectum videat judicantis æquitas & authoritas. Moveor, quòd hæc lex regia, in ſecundâ ſui parte, excipit probationes quæ ex ſcripturis privatis fieri poterunt : atqui ſcriptura privata, ſi denegetur teſtibus probari poteſt, *a* & comparationibus adjuvari, *b* aliiſque ſimilibus conjecturis, de quibus infrà in tractatu

a *L. Contractus*, C. *de Fide inſtrum.*

b *L. Hac conſultiſſima*, §. *Si quis autem teſtamento*, C. *de teſt. junct.* l. 2, ff. *de injuſt. rupt. & itr. fact.*

c *L. Contrà qui propriam*, C. *de non numerat. Pecun.*

d *L. Comparationes*, C. *de Fide inſtrum.*

ou par comparaiſon d'écritures, & autres ſemblables conjectures, dont il ſera parlé dans la ſuite, en traitant des promeſſes ſous ſeing privé : or cet acte d'inſinuation inſéré par le greffier ſur ſon regiſtre, mérite plus de foi qu'une ſimple écriture privée ; car cet acte eſt fait par un officier public, dont la ſignature fait foi en juſtice, & il eſt énoncé qu'il a été fait en jugement. Outre que ce greffier affirme qu'il a vu l'original de cette donation authentique, dont ayant tranſcrit la teneur, il reconnoît qu'elle étoit en bonne forme ; d'où l'on doit préſumer qu'il n'a pas énoncé une fauſſeté : c'eſt pourquoi la préſomption étant pour le témoignage de l'officier public, comme il vient d'être dit à l'égard des autres perſonnes publiques, juſqu'à ce que l'acte ſoit déclaré faux, il faut conclure par ces raiſons, & par celles que nous ajoûterons, en parlant des promeſſes ſous ſeing privé, que la preuve par témoins doit être reçue en ce cas.

---

chirographorum : Sed actus iſte inſinuationis in regeſto publico ſcriptus, eſt quidpiam majus, quàm ſcriptura privata, nempè à publico actuario, fidem publicam habente, pro tribunali conſcriptus refertur : idemque actuarius, donationem ſe vidiſſe teſtatur, formâ authenticâ conceptam, cujus tenorem tranſcribens profitetur actum in formâ rectâ factum fuiſſe : ex quibus præſumitur nihil falſi enunciatum eſſe, ideòque pro ejus fide publicâ præſumptio juris eſt, ut jam de tabulariis aliiſque perſonis publicis dictum fuit, pro quorum contractibus & regeſtis publicis, ſemper judicari debet, donec falſa detegantur. *a* Ex his ergo rationibus, & aliis infrà in diſcuſſione privatarum ſcripturarum dicendis exiſtimarem concludendum teſtes hoc caſu recipi debere.

a L. Cùm præcipuus, C. de Probat.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XI.

SOMMAIRE.

1. *Obſervations ſur les deux eſpeces propoſées par Boiceau dans ce Chapitre.*
2. *Eſpece rapportée par Baſnage, ſemblable à la premiere.*
3. *Autres queſtions concernant la preuve par témoins en matiere de retrait. Premiere, ſi elle eſt recevable contre l'affirmation du prix fait par l'acquéreur.*
4. *Seconde, ſi le vendeur eſt recevable à prouver que la vente par lui faite de l'héritage qui lui étoit propre, n'eſt point ſérieuſe.*
5. *Si le vendeur eſt un témoin ſuffiſant pour prouver la fraude du contrat de vente.*
6. *Si quand la vente a été faite ſans écrit, la preuve par témoins du prix eſt recevable.*
7. *Si dans les coutumes où l'action en répétition de retrait a lieu, la preuve par témoins eſt reçue contre l'affirmation du lignager.*
8. *Différence du ſerment déféré par la coutume, & de celui déféré par l'une des parties à l'autre.*
9. *Obſervation ſur la ſeconde eſpece propoſée par Boiceau, touchant une donation.*

BOICEAU, dans ce Chapitre, propoſe deux eſpeces qu'il faut examiner.

1. Pour ce qui regarde la premiere, on peut ajoûter aux raiſons qu'il allégue en faveur du lignager, que la preuve par témoins ayant été admiſe pour juſtifier que la minute de l'inſinuation avoit été vue au greffe, & l'acheteur ayant prouvé ce fait, comme il dit, il n'y avoit, ce ſemble, plus de queſtion, puiſqu'on avoit admis cette preuve comme néceſſaire & déciſive, & que le fait étoit prouvé. Quoi qu'il en ſoit, le lignager n'étoit pas ſans doute favorable à exercer ce retrait après vingt-cinq ans ; car il n'étoit pas probable que pendant un ſi long tems, il n'eût eu aucune connoiſſance de la vente d'un héritage

qui étoit un propre de ſa famille, dont l'acquéreur étoit en poſſeſſion paiſible ; & quoiqu'à la rigueur l'on ne pût courir contre lui, que du jour de l'inſinuation au greffe ; néanmoins il y a des cas où la loi ne doit pas écouter ceux qui n'ont pas voulu ſe ſervir de leur droit, ni s'en éclaircir pour avoir lieu de nuire aux autres : *Summa negligentia dolus eſt* [*].

2. Baſnage, ſur l'article 455 de la coutume de Normandie, Titre des Retraits, parle d'une eſpece à-peu-près ſemblable, en laquelle l'acquéreur ne rapportoit point ſon contrat d'acquiſition, ni, par conſéquent, la lecture ou publication qu'il prétendoit en avoir été faite par le juge, & laquelle, ſuivant cette coutume, doit être endoſſée ſur le contrat, & ſignée de quatre témoins ; il rapportoit ſeulement un extrait du controlle, où il étoit fait mention de cette lecture ou publication.

Mais il offroit de prouver par témoins que ce contrat & l'endoſſement de la lecture avoient été vus, tenus & lus. Enfin il produiſit un extrait du tabellion qui avoit fait la lecture ; le retrayant lui oppoſoit l'article 455 de la coutume de Normandie, qui défend, en ce cas, la preuve par témoins ; & par arrêt du 11 Janvier 1650, le retrayant fut débouté ; car on jugea que ces deux piéces ſuffiſoient pour prouver que la lecture avoit été faite ; ſur quoi Baſnage ajoûte que, dans ce cas, la preuve par témoins (que cette lecture avoit été faite à l'audience,) n'étoit

[*] De ce que l'arrêt du parlement a confirmé la ſentence du préſidial de Poitiers, qui avoit admis l'acquéreur à la preuve par témoins, Boiceau a " conclu que la preuve par témoins eſt recevable, quand la minute originale de l'acte d'inſinuation n'eſt point rapportée ; dans le cas auquel il eſt conſtant que le greffier a écrit au dos du contrat de vente, que l'acquereur avoit fait cette inſinuation. » Pluſieurs auteurs ſont d'un avis contraire, parce que la coutume a ordonné cette inſinuation comme un moyen néceſſaire pour inſtruire le lignager de la vente ; ce qui ne peut ſe faire que par le regiſtre : le certificat du greffier au pied de la groſſe du contrat, n'a pu remplir cette vue. Voyez Grimaudet, Tr. du Retr. liv. 9, ch. 15 ; Maichin ſur l'art. 43 de Saint-Jean d'Angely, ch. 4, fol. 200 ; Vigier ſur les art. 76 & 77 d'Angoumois, n. 3, & ſur le 33 de la Rochelle ; Boucheul ſur l'art. 320 de Poitou, n. 11. Ces auteurs penſent que ce certificat donneroit ſeulement droit à l'acquéreur d'agir en garantie contre le greffier, pour l'obliger de repréſenter le regiſtre du greffe, à l'effet de faire valoir ſa reconnoiſſance, ſinon pour ſe voir condamner en tous ſes dommages & intérêts.

Ainſi je ſerois très-porté à croire avec Danty, que ce ne fut que la circonſtance particuliere du long eſpace de vingt-cinq ans, qui decida les juges contre le lignager en faveur de l'acquéreur.

pas

pas recevable dans les régles ; &, qu'en général, cette preuve n'eſt pas favorable, quand il s'agit de dépoſſeder un acquéreur qui jouit de bonne foi, depuis long-tems, parce qu'on peut préſumer que le lignager n'a intenté ſon action, que parce qu'il a été averti que l'acquéreur avoit perdu ſon contrat.

Au reſte, outre ce que dit Boiceau du retrait lignager, il y a pluſieurs queſtions concernant la preuve par témoins, dont il n'a point parlé.

3. 1° Il faut obſerver que la plûpart des coutumes requierent que l'acquéreur, s'il en eſt requis, affirme quel eſt le véritable prix de ſon contrat, & pluſieurs admettent la preuve par témoins contre l'acquéreur, en faveur du retrayant, à l'effet de prouver que le prix porté par le contrat de vente n'eſt pas le véritable prix. Celle de Berry, art. 16, tit. 14, veut même que ſi par la fauſſe affirmation de l'acquéreur, le retrayant a conſigné plus grande ſomme de deniers qu'il ne devoit à l'acquéreur, cet acquéreur ſoit condamné aux dommages & intétêts du retrayant, qui ſeront eſtimés au prix de ſix pour cent, & en amende arbitraire pour ſa fauſſe affirmation.

Paris, art. 136. Meaux, ch. 15, art. 102. Melun, ch. 7, art. 153 ; Sens, T. 7, art. 33, Auxerre, T. 7, article 183, &c.

La coutume de Poitou, art. 326, dit que ſi le lignager ne ſe veut ſervir de l'affirmation de l'acheteur, & prétend que le prix par lui affirmé n'eſt pas véritable, & qu'il y a fraude, il ſera reçu à le prouver. Celle d'Angoulême, titre 5, art. 57, admet auſſi la preuve, en ce cas, contre l'affirmation de l'acquéreur. Bordeaux, chapitre 2, article 18, dit la même choſe ; & celle de Bar, tit. 10, art. 156, ajoûte que ſi le retrayant prouve la fraude, l'acquéreur perdra les deniers du ſort principal de ſon acquiſition, dont un tiers ſera adjugé au haut-juſticier, un tiers aux pauvres, & l'autre au retrayant, outre l'héritage qui lui ſera auſſi adjugé. Tours veut que l'acquéreur paye au lignager le double de l'excédent du véritable prix.

Or, ſuivant la maxime générale établie ci-deſſus dans le Chapitre 7, des Contrats ſimulés, en matiere de fraude & de ſimulation, la preuve par témoins eſt recevable ; & cette maxime a lieu, notamment en matiere de retrait, ſoit féodal ou lignager, à cauſe que dans ces ſortes de contrats, la fraude eſt ordinaire. Charondas, ſur l'ar-

ticle 136 de la coutume de Paris, eſt de ce ſentiment; ſuivant l'opinion de Félin, *in cap. Cùm Joannes extr. de fide inſtrum.* lequel poſe pour maxime, ſuivant l'opinion de Balde, que, quoique la loi ſoit générale, & défende de propoſer aucune exception, néanmoins il eſt toujours permis d'alléguer la fraude, laquelle n'eſt jamais entendue avoir été excluſe. M. Louet, lettre T, n. 7, en rapporte un arrêt du 2 Octobre 1582, qui, nonobſtant l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, admit la preuve par témoins contre un contrat de bail à rente ſimulé, pour exclure le retrait lignager [*]; & il n'eſt pas beſoin, en ce cas, d'inſcription de faux, comme dit Brodeau, *ibidem;* ce qui avoit lieu auſſi en droit; car la preuve par témoins y étoit reçue contre les actes par écrit, quand on articuloit la ſimulation & la fraude. Ainſi, quoique l'acquéreur ait affirmé le prix de ſon contrat, la preuve du contraire eſt

[*] Le nouveau commentateur de la Coutume de la Rochelle, art. 34, n. 22, fait à ce ſujet une diſtinction. « Si le » contrat d'acquiſition, dit-il, eſt conçu » en forme d'arrentement pur & ſimple, » ſans qu'il paroiſſe aucuns deniers dé» bourſés, ni ſtipulation qui aſtreigne » l'acquereur à amortir en tel ou tel » tems, & que le retrayant poſe en fait » que l'acquéreur a réellement débourſé » une telle ſomme pour deniers d'en» trée, ou qu'il s'eſt obligé d'amortir la » rente en tout ou en partie, en tel tems, » le fait eſt de nature à être prouvé par » témoins, & perſonne n'en doute..... » Mais auſſi, ajoûte-t-il, cette déciſion » ne va pas directement contre la régle » ordinaire, établie par l'ordonnance de » Moulins, confirmée par celle de 1667, » puiſqu'il ne s'agit que de vérifier un » fait plutôt étranger que contraire à » la teneur du contrat.

» Mais lorſque le retrayant ſoutient » que le prix de l'acquiſition eſt réelle» ment moindre que celui qui eſt fixé » par le contrat, il attaque directement » le contrat dans ſa ſubſtance; ainſi il » ſemble qu'il ait beſoin, en pareil cas, » d'une preuve par écrit, ou d'un com» mencement de preuve. »

Cette diſtinction ne peut être reçue; car ce qui fait que la preuve par témoins doit être admiſe, même dans le ſecond cas, & quoiqu'il attaque le contrat dans ſa ſubſtance, c'eſt qu'il eſt de principe, dans cette matiere, que la prohibition d'admettre la preuve teſtimoniale contre & outre le contenu aux actes, ne regarde que les perſonnes qui y ont été parties, & qui doivent s'imputer d'y avoir laiſſé inſérer ce qui y eſt compris, & de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir obmis quelque choſe de ce qui devoit y être compris; mais cette prohibition ne peut concerner des tiers, en fraude deſquels on pourroit énoncer, dans des actes, des choſes contraires à la vérité; car rien ne pouvant être imputé à ces tiers, on ne doit pas leur refuſer la preuve teſtimoniale, n'ayant pas été en leur pouvoir d'en avoir une autre.

Auſſi ce commentateur convient que les auteurs s'accordent à dire que la preuve par témoins ſuffit. Il en cite un grand nombre à ce ſujet, dont l'autorité eſt très-reſpectable.

On trouve au Journal des Audiences, tome 2, l. 2, chap. 21, un arrêt du 20 Mars 1659, par lequel la cour a reçu M. le duc de la Trimouille à faire preuve par témoins, que le contrat d'échange, fait par ſon vaſſal, étoit frauduleux, & pour lui faire perdre ſes droits ſeigneuriaux.

recevable [*], dit Grimaudet, liv. 7 des Retraits, chap. 2, parce que quand la loi défere le ſerment à quelqu'un ; cela s'entend, dit-il, pourvu que le contraire ne ſoit pas prouvé.

4. 2° On peut demander ſi la preuve par témoins eſt recevable, quand on articule que la vente de l'héritage propre n'eſt point ſérieuſe ; & en ce cas, dit Grimaudet, des Retraits, liv. 5, chap. 3, le retrait n'a pas lieu, parce que le vendeur n'ayant pas eu deſſein de vendre, l'acquéreur n'a point acquis ; & le vendeur, dit-il, pourra demander à faire preuve qu'il n'a point eu deſſein de vendre ; ce qui n'eſt point, ajoûte-t-il, alléguer ſa turpitude, ſuivant le ſentiment de Bartole qu'il cite.

5. Néanmoins dans la régle, le vendeur n'eſt point recevable à faire cette preuve, ni à revenir contre ſon propre fait, le contrat de vente ſigné de lui & de l'acquéreur, fait foi de la vérité de la vente [**] & le lignager peut exercer le retrait, ſi ce n'eſt que l'acquéreur conſente la réſolution du contrat au profit du vendeur, & qu'il demeure d'accord de la ſimulation de cette vente ; car s'il en diſconvient, le vendeur ne peut s'en départir, quelque ſimulation qu'il puiſſe alléguer de ſa part ; & le lignager peut exercer le retrait, nonobſtant cette allégation.

3° Le même Grimaudet, liv. 5, chap. 9, agite la queſtion de ſçavoir ſi le vendeur eſt un témoin ſuffiſant pour prouver la fraude du contrat de vente par lui faite, parce qu'il ne tire, en ce cas, dit-il, aucun fruit de ſon témoignage ; & il décide qu'il faut un autre témoin avec lui, ou des indices & des préſomptions : la maxime certaine eſt que la ſimu-

[*] Si c'étoit le lignager qui eut déféré le ſerment à l'acquéreur, il ne ſeroit plus recevable à prouver le contraire, ſuivant ce que nous avons vu aux additions ſur le ch. 1, note du n. 23, & qui eſt dit ci-deſſous au n. 8.

[**] L'avis de M. Potier, Cout. d'Orl. Intr. au Retr. lign. n. 18, eſt, qu'un contrat nul ou ſimulé, en le ſuppoſant tel, ne peut donner lieu au retrait : *Quod nullum eſt, nullum producit effectum* ; mais qu'il n'eſt pas préſumé tel, tant que le vendeur, de la part de qui il eſt nul ou ſimulé, ne le fait pas déclarer tel, & que l'acheteur n'eſt pas recevable à en oppoſer la nullité ou la ſimulation, parce qu'il exciperoit du droit d'autrui. Il obſerve encore que le vendeur ne peut prouver contre le lignager, qui eſt un tiers, la ſimulation d'un contrat, que par le rapport d'une contre-lettre qui ſoit paſſée devant notaires, & qui ſoit de même date que le contrat, ou d'une date antérieure : une contre-lettre ſous ſignature privée, ne feroit pas foi, n'ayant de date contre un tiers, que du jour qu'elle eſt rapportée, à cauſe de la facilité de l'antidate. Cet avis eſt très-judicieux, & doit doit être ſuivi.

lation ſe doit vérifier par d'autres témoins que ceux qui ont ſigné au contrat, ainſi qu'il a été jugé par arrêt rapporté par Chopin, liv. 3 de la coutume d'Anjou, chap. 1, titre 5, n. 9. Il eſt vrai qu'il y a des coutumes, comme Laon, art. 238; & Reims, art. 204, qui permettent de faire jurer le vendeur, après que le retrayant a articulé la fraude contre l'affirmation de l'acquéreur; & Coquille, ſur l'article 19 de la coutume de Nivernois, titre du Retrait lignager, dit que, quoique le vendeur ne ſoit pas partie en la cauſe du retrait lignager, on le peut employer comme témoin; mais le juge ne doit pas pourtant lui déférer le ſerment, ni recevoir ſon témoignage, ſi la coutume n'y eſt préciſe [*].

6. 4° On demande ſi, quand la vente de l'héritage propre a été faite ſans écrit, la preuve par témoins du prix eſt recevable; & il eſt certain que cette preuve n'eſt point reçue, s'il s'agit d'une ſomme au-deſſus de cent livres [**]: il faudroit, en ce cas, ou que le lignager s'en rapportât au ſerment de l'acquéreur, ou laiſſer au juge la faculté d'arbitrer ce prix.

7. 5° On peut demander ſi dans les coutumes où il eſt requis que le lignager affirme par ſerment qu'il exerce le retrait en ſon nom, c'eſt-à-dire pour lui, & non pour un autre, la preuve par témoins du contraire doit être reçue; & il eſt certain que dans les coutumes qui ont limité un tems après l'exécution du retrait, durant lequel, ſi le lignager revend l'héritage, il eſt préſumé avoir fait le retrait en fraude du premier acquéreur, & leſquelles accordent, en ce cas, à l'acquéreur la répétition du retrait, (comme

Coutume d'Anjou, art. 193.

[*] Ferriere, ſur l'art. 136 de la Cout. de Paris, gl. 4, n. 9, penſe que le vendeur peut être appellé en témoignage. *Idem*, Boucheul ſur l'art. 326 de Poitou, n. 4.

Brodeau, ſur le même art. 136 de de Paris, n. 27, eſt d'avis contraire; & d'après l'arrêt rapporté par Chopin, qui vient d'être cité par Danty, il rejette même le témoignage de toutes les perſonnes qui ont aſſiſté au contrat; mais ſi cela avoit lieu, où prendre des témoins? D'ailleurs ce ſentiment n'eſt appuyé ſur aucune raiſon valable; car il n'y a pas de fondement à ſuſpecter le témoignage de ces perſonnes, qui n'ont aucun intérêt dans la conteſtation.

[**] Cette preuve ne devroit pas être reçue, ſi elle étoit alléguée par le vendeur, ou par l'acquéreur, parce qu'ils ſont les contractans, & qu'ils ont pu s'en procurer une par écrit: par la raiſon contraire, elle doit être admiſe de la part du lignager, qui eſt étranger au contrat, & de qui, par conſéquent, il n'a pas dépendu d'avoir une preuve par écrit ſur tout ce qui le concerne. Cette raiſon eſt fondée ſur les principes de la matiere.

la coutume d'Anjou & du Maine,) l'acquéreur ne doit pas être reçu à faire cette preuve avant l'année, donnée par ces deux coutumes au lignager, & méme tant qu'il n'a point revendu cette terre à un autre. Que s'il la revend après cette année expirée, & que l'acquéreur articule qu'il y a eu une convention ſecrette entre le lignager & le nouvel acquéreur, par laquelle le lignager lui a prêté ſon nom pour exercer le retrait, & pour lui revendre enſuite cette terre après l'an échu ; en ce cas, il faudroit une preuve par écrit de cette fraude, celle par témoins ne ſeroit pas recevable contre le contrat de vente fait par le lignager après l'année, & contre la préſomption de la coutume, que cette vente faite par le lignager, après l'année du retrait, eſt ſérieuſe & véritable [*].

Mais dans les coutumes où il n'y a aucun tems marqué, pendant lequel le lignager ne puiſſe revendre à un autre l'héritage qu'il a retiré, on demande ſi cette preuve de ſimulation du retrait eſt recevable en tout tems, ce qui ne doit pas être reçu ; car il ne faut pas aller au-delà de la prévoyance de la loi, qui n'a pas eu deſſein d'empêcher le lignager de vendre quand il veut, & à qui il veut, l'héritage par lui retiré, parce qu'il eſt le maître de diſpoſer de ce qui lui appartient, outre que ſi le lignager revend à un étranger, le retrait a lieu ſur ce dernier acquéreur ; & s'il revend à un lignager, l'héritage rentre dans la famille : néanmoins s'il y a des preuves évidentes que le lignager n'a exercé le retrait, que pour évincer le premier acquéreur en faveur du ſecond, le motif de la loi ſubſiſte, qui eſt d'empêcher la fraude, quand un retrayant abuſe de la grace qu'elle lui a faite ; ainſi la preuve par témoins peut être admiſe de la ſimulation, en ce cas, en faveur du premier acquéreur, ſuivant les circonſtances.

Brodeau, ſur l'article 384 de la coutume du Maine,

[*] La préſomption de la coutume n'eſt qu'une préſomption de droit, qui n'exclut pas la preuve par témoins, comme nous l'avons vu ci-deſſus, en parlant des préſomptions. Quant à la raiſon tirée du contrat, nous le diſions, il n'y a qu'un moment ; il eſt de principe que la prohibition d'admettre la preuve teſtimoniale, contre & outre le contenu aux actes, ne regarde que les perſonnes qui y ont été parties, & non des tiers. D'après cela, il doit demeurer pour conſtant que ceux qui ont intérêt à prouver la fraude du lignager, doivent être admis à la preuve teſtimoniale de cette fraude, nonobſtant le contrat de vente fait par le lignager.

obſerve fort bien que l'acquéreur, dans cette coutume, qui accorde la répétition du retrait dans l'an, n'eſt pas reçu à prouver par témoins que le lignager a exercé le retrait en fraude, durant que l'action en retrait eſt pourſuivie par le lignager; il faut qu'il attende que le retrait ſoit adjugé; & ſi, après cela, le lignager met l'héritage hors ſa main, l'acquéreur eſt reçu à prouver la fraude; ce qui a été jugé ainſi, dit-il, par un arrêt du dernier Avril 1605, fondé ſur la maxime qu'en matiere de fraude, il faut qu'il y ait eu deſſein de fraude, & que la fraude ait été exécutée : *Nemo enim cogitationis pœnam patitur*, dit la loi 18, *ff. de pœnit.* Le retrait lignager eſt un acte licite, qui n'eſt point ſuſpect par lui-même, & ce n'eſt pas une préſomption de fraude que d'uſer de ſon droit [*].

Conſilium & mens.

8. Par l'article 164 de la coutume de Troyes, la preuve par témoins eſt auſſi admiſſible contre l'affirmation de l'acheteur, nonobſtant que le contrat faſſe mention expreſſe du prix de l'acquiſition. Le Grand ſur cet article, remarque avec raiſon, que quand la coutume défere le ſerment à une perſonne, c'eſt une maxime qu'il eſt toujours permis à ſa partie de prouver le contraire par témoins. Auſſi, dit-il, les coutumes n'ordonnent & ne déferent ce ſerment qu'en cas de dol, ſuivant la loi *in Actionibus*, §. 1, *de in litem Jurando;* & ce ſerment déféré par la coutume, n'a pas tant de force que celui déféré volontairement par la partie, contre lequel (quand elle l'a prêté) la preuve du contraire n'eſt pas permiſe, parce que cette délation du ſerment eſt une eſpece de tranſaction, laquelle a même

[*] *Quid* lorſqu'il eſt queſtion que le retrayant rembourſe le prix de la vente, & que l'acquéreur prétend qu'il y a eu un pot-de-vin, comment celui-ci en doit-il faire la preuve ? Il doit la faire par écrit, conformément à l'ordonnance; car il étoit partie dans le contrat de vente; & il ne doit s'en prendre qu'à lui, ſi cette convention n'a pas été mentionnée dans le contrat. Je ne crois pas même qu'une quittance ſous ſeing privé du vendeur, ſuffiroit pour cette preuve à cauſe de la facilité de l'anti-date d'un ſous-ſeing privé. Mais au moins, en ce cas, cette quittance ſous ſeing privé ne ſera-t-elle pas un commencement de preuve par écrit, qui faſſe admettre la preuve par témoins ſupplétivement ? Je ſerois aſſez porté à décider le contraire; car enfin, il eſt trop aiſé à l'acquéreur de ſe procurer ce commencement de preuve par écrit, par la raiſon que nous venons de dire, tirée de la facilité de l'anti-date.

Au contraire, quoique ce pot-de-vin ſoit reconnu par le contrat, le retrayant doit toujours être admis à la preuve par témoins de ſa fauſſeté, parce que, comme nous avons fait voir ci-deſſus, il doit être admis à cette preuve, même contre le contenu au contrat.

plus d'autorité que la choſe jugée, ſuivant la loi *Jusjurandum, ff. de Jurejurando* [*].

9. A l'égard de la donation, dont parle Boiceau dans la ſeconde eſpece qu'il propoſe, elle pouvoit faire beaucoup de difficulté; car la donation ne ſe préſume point: ainſi elle doit être rapportée en original. L'inſinuation eſt un acte étranger, preſcrit ſeulement pour la ſûreté des créanciers, lequel ne fait point partie de la donation: le greffier peut être trompé par une donation ſuppoſée, nulle ou révoquée, outre qu'il en doit reſter minute devant notaires; celle faite ſous ſeing privé ne pourroit être inſinuée, n'étant pas un acte qui faſſe foi en juſtice, ſi elle n'eſt reconnue; & quand il ne ſe trouve point de minute d'une donation devant notaires, il y a lieu de préſumer qu'elle étoit ſimulée, & que le donateur avoit voulu jouir, ſous le nom de donataire, en retenant cette minute, notamment s'il n'a point été dépoſſédé [**]. En un mot, s'il y a préſomption de fraude, l'inſinuation, quoique faite par un officier public, ne doit point ſervir de commencement de preuve par écrit; car ce ſeroit ſe ſervir de la fraude, pour en autoriſer une autre.

[*] Nous en avons donné les raiſons ci-deſſus, pag. 75 & ſuiv.

[**] Pour que la preuve par témoins de la vérité de la donation pût être admiſe, dit M. Potier, Tr. des Obl. part. 4, ch. 1, art. 3, §. 4, je voudrois au moins, que deux choſes concouruſſent; 1° qu'il fût conſtant que les minutes de tous les actes paſſés par le notaire, dans l'année dans laquelle on prétend que la donation a été faite, ne ſe trouvent point; car s'il n'y avoit que la minute de cette prétendue donation, qui ne s'y trouvât pas, il en réſulteroit des ſoupçons d'affectation dans la ſuppreſſion de cet acte, qui feroient douter de la vérité ou de la forme de cet acte, & empêcheroient qu'on en dût admettre la preuve par témoins. 2° Je penſe qu'il faudroit que le donataire offrît de faire la preuve de la donation par des témoins qui auroient été préſens lorſque l'acte a été fait, ou du moins qui auroient entendu le donateur en convenir; & il ne ſuffiroit pas que le donataire prouvât qu'on a vu l'acte de donation entre les mains de lui donataire; car ces témoins, qui voient cet acte, ne ſçavent pas s'il eſt véritable, ni s'il eſt revêtu de ſes formes.

CHAPITRE XII.

Du procureur qui n'a point de charge par écrit, & qui eſt déſavoué par la partie.

SOMMAIRE.

1. *Si un procureur* ad lites, *déſavoué par ſa partie, eſt reçu à prouver par témoins qu'elle lui a donné ordre verbalement.*
2. *Raiſon de douter.*
3. *Sentiment de Boiceau, que l'ordonnance ne doit s'obſerver, en ce cas, à la rigueur.*
4. *Diſtinction à faire entre les procureurs d'un parlement, ou d'un préſidial, ou autres cours, d'avec les autres procureurs des ſiéges inférieurs.*
5. *En quoi le mandat eſt différent des autres contrats.*
6. *Circonſtances dans leſquelles le procureur* ad lites, *peut prouver par témoins le conſentement tacite de ſa partie.*
7. *Reſtriction, quand le procureur a excédé ſon pouvoir.*
8. *Quant aux procureurs* ad negotia, *ils doivent prouver par écrit le pouvoir qu'ils ont eu d'agir.*

1. PARCE qu'il a déja été remarqué que le procureur qui a géré les affaires d'un abſent ſans procuration ſpéciale, peut agir contre lui par l'action *neg. geſt.* ce qui eſt certain, quand il a géré utilement ; on demande ce qu'il faut dire du procureur *ad lites*, qui a occupé pour une partie ſans avoir une procuration d'elle, ſi cette partie, ſoupçonnant qu'elle va perdre ſon procès, le déſavoue, & que la partie, adverſe enſuite de ce déſaveu, in-

---

1. QUIA jam dictum eſt, procuratorem mandatum ſcriptum non habentem, negotiorum geſtorum agere poſſe : hoc demùm, ſi utiliter geſſerit, locum habere certum eſt. Sed quid de procuratore ad lites, qui ſine mandato ſcripto ad litem, exercuit, & cùm cliens præſentiat litem, non fore ſibi utilem procuratorem abnuere conatur ideò-

tente

tente action contre ce procureur (comme il eſt de droit) pour ſes dommages & intérêts, fondé ſur ce qu'il a occupé contre elle ſans pouvoir, & que ce procureur ſoutienne, au contraire, qu'il a eu ordre de ſa partie, & demande à en faire la preuve par témoins ; la queſtion eſt de ſçavoir ſi elle doit lui être permiſe, ſuivant l'ordonnance.

2. Il ſemble d'abord que le mandat étant, comme il a été dit, un contrat qui conſiſte dans le conſentement exprès des parties, & lequel eſt mis au rang des contrats de bonne foi, comme il eſt vulgaire en droit, ſi l'on admettoit la preuve par témoins, ce ſeroit contrevenir à l'ordonnance ; car la ſubornation des témoins, & la multiplicité des faits n'eſt pas moins à craindre, à l'occaſion de cette preuve par témoins du mandat, qu'elle l'eſt à l'occaſion des contrats de vente, de bail à loyer, de l'échange, ou autres ſemblables.

3. Cette queſtion arrive tous les jours, & j'eſtime qu'il faut choiſir un milieu entre la rigueur de l'ordonnance, & l'équité en cette rencontre : c'eſt pourquoi il ne faut pas la décider abſolument par les termes de l'ordonnance ; mais le juge peut admettre ou refuſer la preuve, ſuivant les circonſtances qui ſuivent.

4. Par exemple, quand c'eſt un procureur qui eſt offi-

---

que pars adverſa ad damna & intereſſe in procuratorem illaudatum agit, ut juris eſt. *a* Procurator autem in clientem ſuum, litem ei mandaſſe, mandatumque teſtibus probare contendit : quæritur, nunquid obſtet hæc conſtitutio ?

a *L. Falſus procurator, junct. gloſſ. & doct. C. de furt & ſerv.*

2. Et certè videretur, cùm jam dictum ſit mandatum eſſe de numero expreſſorum contractuum, mutuo & expreſſo conſenſu conventum, & inter bonæ fidei contractus enumeratum, ut in jure pluſquàm vulgatum eſt : *b* quòd ſi teſtibus mandatum probare liceat, in hanc regiam conſtitutionem palàm committetur : nempè teſtium ſubornationes, & factorum involutiones, non minùs ex eo contractu orientur, quàm ex contractu venditionis, locationis, permutationis, aliiſque ſimilibus, quorum ordini mandatum adſcribitur.

b §. *Actionum Inſt. de Action. l. 1, ff. mandat.*

3. Hæc quæſtio quotidiana eſt, cujus deciſio, inter noſtræ legis rigorem, & juris æquitatem, media conſiſtere mihi videtur : ideòque non omninò ex verbis iſtius conſtitutionis, de eâ judicandum eſſe putarem, ſed cum quâdam diſtinctione, bonum & æquum judicem, teſtium probationem recipere, aut rejicere poſſe, his potiſſimùm diverſis conſiderationibus.

4. Nempè, ſi agatur de procuratore publico, & jurato, (cujuſ-

cier public, & qui a ſerment à juſtice, tels que ſont ceux du parlement, ou d'un préſidial; le caractere d'officier public qu'il a, fait qu'on lui ajoûte foi en juſtice, & la préſomption eſt qu'il n'a point occupé ſans avoir charge de ſa partie; car on préſume d'abord la bonne foi en faveur de la perſonne publique, ſi le contraire n'eſt prouvé.

5. De plus, le mandat ne ſe contracte pas tout-à-fait avec les mêmes formalités que les autres contrats; car preſque tous les autres demandent la préſence des contractans, ou leur conſentement exprès, comme il eſt décidé en droit, au lieu que le mandat ſe peut contracter, auſſi-bien entre préſens, qu'abſens; car, dit Ulpien, on peut même commettre pour ſon procureur une perſonne abſente: ajoûtez que le mandat ſe peut auſſi contracter quand une perſonne ſouffre qu'un autre ait ſoin de ſes affaires; c'eſt pourquoi Accurſe a fort bien dit que le mandat ſe pouvoit contracter en deux manieres, ou expreſſément, ſi c'eſt par écrit, ou tacitement, ſi celui pour qui le mandataire agit, l'approuve par ſon ſilence, ou que, par quelqu'autre circonſtance, on puiſſe préſumer qu'il y a conſenti, à quoi eſt conforme ce que dit Juſtinien, que de même qu'on peut révoquer par écrit un procureur, on peut auſſi le révoquer ſans écrit. De tout cela on infere que ce procureur, qui eſt déſavoué par ſa partie, peut

---

modi ſunt omnium ſenatuum, & præſidatuum procuratores, aliarumque curiarum, quæ nonniſi juratos ſolent habere) cùm in eo jam reſideat publica fides, nonnihil præſumptionis habere videtur, litem ab eo falsò inſtitutam non fuiſſe: publicis enim perſonis primâ fronte credi ſolet, donec contrarium pateat. *a*

5. Item mandati contractus, nonnihil à ritu aliorum contractuum diſcedere videtur: alii enim ferè omnes contractus, contrahentium præſentiam, ac conſenſum expreſſum, ut plurimùm requirunt, ut paſſim in jure videtur; *b* mandatum autem, tàm inter præſentes, quàm inter abſentes æquè contrahi ſolet: Procurator enim, inquit Ulpianus, & abſens dari poteſt. *c* Adde, quòd ex ſolâ patientiâ mandatum tacitè contractum videtur: *d* quocircà Accurſius rectè docuit mandatum dupliciter contrahi, expreſſè ſcilicet, & tacitè: expreſſè, ſi ſcriptis; tacitè, ſi ſolâ patientiâ, aut aliâ ſimili mandati præſumptione, *e* probetur: cui conſequens eſt quod ait Imperator, procuratorem, ſicut ſcriptis ità & ſinè ſcriptis revocari poſſe. *f* Ex quibus omnibus, infer-

a *Speculat. in Tit. de citation. §. 4, verſicul. Sed nunquid crederetur.*

b *L. 1, cum ſimilibus, ff. de verb. Oblig.*

c *L. 1, ſub. fin. ff. de proc.*

d *L. Si fidejuſſor, C. Mandat.*

e *Gloſ. not. in dict. L. Si fidejuſſor.*

f *L. ult. C. de Neg. geſt.*

prouver par témoins qu'elle lui a donné ordre, du moins dans le cas où l'on peut préſumer qu'il y a eu un mandat tacite.

6. Par exemple, ſi ce procureur a en ſa poſſeſſion les titres & procédures, ſans leſquelles il n'auroit pu commencer la pourſuite du procès, ni deviner quelle eſt la conteſtation des parties, comme s'il a l'exploit de demande, & l'aſſignation donnée au défendeur, par le ſergent, à la requête du demandeur, le contrat de vente, ou d'échange, ou d'autres titres ſemblables ſur leſquels la demande eſt fondée. De plus, ſi le procureur articule que ſa partie lui a envoyé toutes les piéces par un homme exprès, ou que cette partie, qui eſt un payſan, qui ne ſçait point écrire, l'a chargé de ſon affaire par des perſonnes envoyées de ſa part, ou qu'il eſt venu lui-même l'en inſtruire, ou a donné charge à un de ſes voiſins de le faire, & d'avancer les frais, ou qu'en un mot, il a fait d'autres démarches par leſquelles on peut préſumer qu'il lui a tacitement donné un pouvoir d'occuper pour lui, lequel pouvoir on n'a pas coutume de demander par écrit, notamment quand ce ſont des gens de la campagne, qui ne ſçavent ni lire ni écrire. J'eſtime que toutes ces circonſtances peuvent être prouvées par témoins, nonobſtant l'ordonnance, à cauſe qne la préſomption eſt en faveur du procureur, qui eſt un officier public, & parce qu'il a les

---

tur, procuratorem, quem abnuit cliens, teſtibus mandatum probare poſſe: in his ſaltèm caſibus, in quibus tacitum mandatum colligi ſolet.

6. Ut potè ſi reperiantur penès procuratorem litis inſtrumenta, ſeu acta, ſinè quibus, lis iniri non potuit, nec à procuratore ſomniari: ſcilicet libellus citationis, à ſerviente, nomine agentis, factus, cùm reum in jus vocaret; itèm contractus emptionis, aut permutationis, aut alia inſtrumenta ſimilia, ſuper quibus actoris petitio fundata eſt. Itèm ſi dicat procurator ſe hæc omnia ab actore per nuncium accepiſſe, & quod actor ipſe forſitàn ruſticus, & ignarus ſcribendi, verbalitèr per nuncium cauſam ſæpè commendaverit, & ipſemet aliquando ad procuratorem venerit, ut eum de lite inſtrueret, vel vicino commiſerit, ut procuratorem viſeret, & ſolveret, aut deniquè alios actus fecerit, quibus tacitè mandatum procurationis probari poteſt, *a* qui quidem actus ſcribi non ſolent, maximè à ruſticis & imperitis. Arbitror hæc omnia teſtibus probari poſſe, non obſtante hâc conſtitutione, propter præſump-

a L. Si literas, C. mand. L. 1, ff. eod.

titres en main ; ce qui fait préſumer qu'ils lui ont été envoyés par la partie, dans le deſſein qu'il occupât pour elle, & leſquels prouvent, par conſequent, qu'il lui a donné cet ordre verbalement, ſur-tout en cette occaſion, dans laquelle on infere une choſe d'une autre. De plus, il eſt vulgaire en droit, que quand un procureur s'offre de défendre une partie ſans avoir pouvoir d'elle, il y eſt reçu, pourvu qu'il donne caution qu'il ne ſera point déſavoué, tant l'intérêt des défendeurs eſt favorable. Si donc la loi l'admet, en ce cas, à occuper ; quoiqu'il n'ait point d'ordre de ſa partie, il faut auſſi l'admettre a prouver qu'il a un ordre tacite (d'agir pour elle,) lequel ne ſe rédige point par écrit, & ne ſe peut prouver que par témoins, parce que dans les choſes tacites, on ne rédige rien par écrit ; mais on eſt obligé de ſe déterminer ſeulement par les préſomptions de la loi, & par des indices manifeſtes, comme il eſt décidé par les loix ſur cette matiere.

D'où j'eſtime qu'il faut conclure que les procureurs qui ont un caractere public, pour occuper en juſtice dans les procès, doivent être admis à prouver par témoins, qu'ils ont eu pouvoir de leur partie, au cas qu'elle les déſavoue ; & ce dans les cas où les indices & les circonſtances ci-deſſus marquées, & autres ſemblables ſe rencontrent.

7. Ce qui ne s'entend néanmoins qu'à l'égard de ce qui concerne les procédures, & l'inſtruction du procès, comme

---

tam procuratoris publicam fidem & quià penès eum reperiuntur litis inſtrumenta, quæ idcircò præſumuntur ab actore miſſa, & conſequenti ratione, litis mandatum verbalitèr datum oſtendunt, cùm dato uno, aliud ex eo neceſſariò conſequens concedi neceſſe ſit, maximè in iſtis, in quibus de uno aliud infertur. *a* Item jure vulgatum eſt, procuratorem, cùm ad defendendum ſeſe offert, ſine mandato paſſim admitti, ſi modò caveat de rato, *b* tantus eſt reorum favor : ſi ergo ſinè mandato ſcripto admittatur, neceſſe eſt eum admitti ad probationem taciti mandati, quæ nonniſi teſtibus fieri poteſt, cùm in tacitis intervenire non ſoleat ſcriptura, ſed magis legis præſumptione, & indiciis perſpicuis concludi ſoleant, ex vulgatâ pactorum tacitorum doctrinâ. *c*

Ex his, concludendum cenſeo, procuratores litibus publicè præpoſitos, ad probationem mandatorum, ſi à clientibus reprobentur, teſtibus admitti debere, concurrentibus indiciis, de quibus ſuprà & aliis ſimilibus.

7. Quod tamen intelligo, de ſolito litis exercitio, & ordine ſervari

a *L. Adrem mobilem, junct. l. ſeq. ff. de procur.*

b *L. 1, C. de procurator.*

c *Doct. in l. Lecta, c. Et facit, ff. de pact.*

à l'effet d'intenter la demande dont il s'agit, de fournir d'exceptions, de conteſter en cauſe, de demander à faire preuve des faits en queſtion, & autres ſemblables actes qui ſont du cours de la procédure ordinaire. Autre choſe eſt de ceux qui n'en ſont pas, & qui ne concernent pas préciſement l'inſtruction, mais qui requierent un pouvoir ſpécial, & qui pourroient cauſer un dommage notable à la partie, comme de paſſer une condamnation de la dette en jugement, ou de conſentir une condamnation volontaire, ou de donner quittance, ou accorder une remiſe à un débiteur, & autres ſemblables actes qui peuvent faire un tort conſidérable à la partie, ou qui ſont plutôt de véritables contrats (pour leſquels la loi requiert un pouvoir plus exprès, que pour de ſimples procédures;) car, en ce cas, je n'eſtime pas que le procureur qui oſe paſſer ces ſortes d'actes, ſans ordre par écrit de ſa partie, doive être admis à la preuve par témoins, parce qu'il a outre-paſſé ſa charge de procureur; car les procureurs n'ont pas coutume de faire ces choſes-là, ſans pouvoir ſpécial: c'eſt pourquoi celui qui les a faites ſans ordre exprès, eſt cenſé avoir plutôt fait le perſonnage de prévaricateur, que celui de procureur, en donnant de tels conſentemens au profit de la partie adverſe, ce qui le doit faire paſſer pour un homme qui a trahi l'intérêt de ſa partie, & qui l'a

---

conſueto, in proponendâ actione, vel exceptione, in lite conteſtandâ, in probatione adjudicandâ, aliiſque ſimilibus, litis ſolitum curſum aſpicientibus: ſecùs autem in his quæ extrà litis inſtructionem, expreſſiſſimum deſiderant mandatum, & maximum damnum clienti adferre poſſunt, ut confeſſio rei petitæ, in judicio voluntariè facta, vel condemnatio ſpontanea, vel liberatio ſeu remiſſio parti adverſæ conceſſa, aliaque ſimilia, ſpeciale & grave præjudicium allatura, & quæ expreſſi contractûs ſpeciem referunt; pro quibus lex civilis expreſſiſſimum mandatum ſempèr deſideravit: *a* Nempè in his, puto procuratorem qui hæc temerè, ſinè mandato ſcripto, auſus fuerit, ad probationem mandati, teſtibus admitti non debere, cùm ſolitum modum procuratorum publicam fidem habentium exceſſerit. Non ſolent enim procuratores forenſes talia conficere, ſine ſpeciali mandato, ideòque qui hoc ſinè mandato expreſſo tentaverit, magis prævaricatoris, quàm procuratoris officium exercuiſſe cenſebitur nempè conſentiens parti adverſæ, pro ipſius deſiderio, proditor cauſæ, & colluſor, ſeu deſertor videbitur: ut loquitur Ulpianus, *b* & Marcellus. *c* Quocircà, ſi mandato ſpeciali ſcripto ca-

a *L. Si hæreditatem, ff. mand. l. Illud, §. Talis, ff. de minorib. l. Unica junct. gloſſ. etiam per procuratorem, C.*

b *In l. Athletas, verſ. item prævaricator, ff. de His qui notant. infrà.*

c *In l. 1, verſ. prævaricatorem, ff. ad Turpill.*

abandonné, comme parlent les juriſconſultes Ulpien & Marcellus ; c'eſt pourquoi s'il n'a point de pouvoir par écrit, je n'eſtimerois pas qu'il dût être reçu à la preuve par témoins, tant parce que cette ordonnance défend abſolument cette preuve à l'égard des contrats, que parce que ce procureur ſemble excéder ſon pouvoir, & commettre une eſpece de dol, qui eſt ce que cette ordonnance a eu principalement deſſein de prévenir.

8. Quant aux autres procureurs appellés *ad negotia*, leſquels on a coutume de conſtituer pour une certaine affaire particuliere, comme pour paſſer un contrat de vente, ou un bail à loyer ; s'ils ont agi ſans pouvoir pour un autre, en une choſe qui excede cent livres, & qu'ils ſoient déſavoués, il ne leur doit pas être permis, à plus forte raiſon, ſuivant l'ordonnance, de prouver par témoins qu'ils ont eu pouvoir d'agir, parce que cette eſpece de mandat eſt purement volontaire, outre qu'ils n'ont point ſerment à juſtice comme les procureurs *ad lites* ; ainſi on leur peut imputer de s'être mêlé des affaires d'un autre, ſans avoir un pouvoir par écrit, & de ce qu'ils ſe ſont engagés à une choſe qu'il leur étoit libre de ne pas entreprendre ; car la loi ne favoriſe point celui qui s'eſt engagé volontairement dans une choſe qui peut lui faire préjudice dans la ſuite, particuliérement dans un cas auquel, ſi cela étoit permis, il s'enſuivroit qu'il pourroit

---

ruerit, teſtibus probare ei non licere putarem, tùm quià jubet hæc regia conſtitutio, ab omnibus expreſſis contractibus teſtium probationem rejici, tùm etiam, quià talis procurator, officium ſuum excedere videtur, & doli ſpeciem commitere, quibus ut obviàm eatur habita eſt hæc regia ſanctio.

8. In aliis autem procuratoribus non forenſibus, ſed qui pro certis negotiis conſtitui ſolent, ut ad emendum, vendendum, locandum, aut aliud quidpiam in ſpecie contrahendum, ſi ſinè mandato ſcripto, de re centum libras excedente, contraxerint pro alio à quo poſteà reprobentur, fortiori multò ratione, dicemus prætenſum mandatum teſtibus probari non poſſe, ex hâc lege regiâ, cùm hæc ſpecies mandati, omninò voluntaria ſit, nec à fide publicâ pendeat, ut de forenſibus procuratoribus dictum eſt. Imputatur ergò tali mandatario, quare ſuâ ſponte non ſcriptum mandatum exercuit, & ſuâ voluntate neceſſitatem ſubierit, quam recusare liberè poterat : ei enim faveri non ſolet, qui ſponte

rendre pire, par ſon fait, la condition d'un autre à ſon inſçu, dans des choſes qui ne ſe pouvoient faire ſans un pouvoir ſpécial de ſa part, & qu'ainſi il pourroit faire fraude indirectement à l'ordonnance ; car (par exemple) celui qui veut acheter un héritage, & qui, dans les régles, ne peut l'acheter que du propriétaire, par un contrat de vente, attitreroit un inconnu, qui, en qualité de procureur de ce propriétaire, lui vendroit cet héritage ; & lorſque ce propriétaire viendroit à déſavouer ce que ce procureur auroit fait, cet acheteur ſuborneroit des témoins qui dépoſeroient que ce procureur avoit reçu ordre verbalement du propriétaire de lui faire cette vente : ainſi ce ſeroit indirectement lui permettre de prouver par témoins un contrat de vente, ce qui eſt abſolument contre l'eſprit de l'ordonnance.

---

neceſſitatem ſubit, *a* maximè cùm eo caſu fieri poſſet ignorantis conditio deterior, in his quæ ſinè ſuo mandato ſpeciali fieri non poterant, *b* atque ità per indirectùm huic legi fieret fraus : quià, qui rem alteriûs nonniſi ſcripto emere poteſt, fingeret procuratorem, qui ſibi nomine domini venderet, & cùm vendens à vero domino non laudaretûr, ſubornatis teſtibus, mandatum de vendendo aſtruere conaretur, ideòque vinditionem per indirectùm teſtibus ei probare concederetur, quam directò probare non poterat, contrà mentem hujus legis, *c* quod abſit.

a *L. Si fidejuſſor*, §. 1, *ff. Qui ſatiſd. cogant*, *l.* 2, §. *Si tamen*, *ff. Si quis caut.*

b *L. Ignorantis*, *ff. de Procurat. L. Si hæreditatem*, *ff. mand.*

c *L. Contrà*, *ff. de Legib.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XII.

SOMMAIRE.

1. *Quel étoit à Rome le procureur* ad lites ?
2. *Si le miniſtere des procureurs étoit en uſage en France autrefois.*
3. *Maximes du droit Romain concernant les procureurs* ad lites, *qui ont lieu parmi nous.*
4. *Que le procureur* ad lites *eſt regardé parmi nous comme un mandataire.*
5. *Diſtinction de Boiceau entre les procureurs des cours ſouveraines, des préſidiaux, & ceux des ſeigneurs.*

6. *Si, quand le procureur a l'exploit & les piéces, il eſt tenu de rapporter une autre procuration.*
7. *Si la partie eſt recevable à prouver par témoins qu'elle a chargé un procureur.*
8. *Si la partie peut prouver par témoins qu'un procureur retient ſes piéces malgré elle.*
9. *De deux procureurs, dont l'un ſe trouve chargé en même tems de l'exploit, l'autre de la procuration de la partie.*
10. *Si la preuve par témoins qu'un procureur occupe pour une perſonne, ſous le nom d'un autre procureur, eſt recevable.*
11. *La révocation d'un procureur ſe doit prouver par écrit, quoique le mandat puiſſe ſe contracter tacitement & ſans écrit.*
12. *Le procureur* ad negotia, *doit juſtifier ſon pouvoir par écrit.*
13. *Si la preuve par témoins eſt recevable en faveur du pere, à l'effet de prouver qu'il a eu charge de ſon fils.*
14. *Maximes concernant ln reſtitution des piéces par le procureur* ad lites.
15. *Exception de ces maximes.*
16. *Si le procureur* ad negotia, *eſt cru à ſon affirmation, touchant la reſtitution des piéces de celui pour lequel il a agi.*
17. *Si la preuve par témoins eſt reçue qu'un procureur a des piéces qui ſervent à la condamnation de ſa partie.*
18. *Uſage de Flandres, concernant les mandats.*
19. *Uſage de Milan, ſur le même ſujet.*

1. COMME il y a de deux ſortes de procureurs, *ad lites*, & *ad negotia*, Boiceau examine dans les deux parties de ce Chapitre, quand la preuve par témoins eſt reçue en leur faveur, lorſqu'ils ſont déſavoués. Pour ce qui regarde le procureur *ad lites*, il faut d'abord remarquer que ceux qu'on appelloit *procureurs*, dans le droit Romain, ſont fort différens des nôtres; car à Rome on pouvoit charger de ſa procuration qui on vouloit; un procureur n'étoit point un officier public: c'étoit un ami qui rendoit ce ſervice à ſon ami gratuitement; & quand cet ami avoit accepté le mandat ou la procuration, il devenoit le maître de l'affaire; & après ce qu'on appelloit *conteſtation en cauſe*,

cauſe, il ne pouvoit plus être revoqué, *l.* 16 & 17, *C. de Proc. ff. eod. tit.* Ce procureur s'appelloit auſſi *Cognitor*. Le tit. 12, Cod. Théod. confond l'un avec l'autre. Aſconius Pédianus, ſur le livre *de Divinatione* de Cicéron, en explique la différence : *Qui deffendit alium in judicio, aut patronus dicitur, ſi orator eſt, aut advocatus, ſi aut jus ſuggerit, aut præſentiam ſuam amico accommodat, aut procurator, ſi negotium abſentis ſuſcepit, aut cognitor, ſi præſentis cauſam novit & ſic tuetur ut ſuam.*

2. Suivant nos mœurs, il falloit autrefois que le procureur eût en main une procuration authentique pour agir pour ſa partie ; & cette procuration ne duroit qu'un an. Il n'étoit pas même permis à tout le monde d'agir par procureur. L'ancien ſtyle du parlement, le grand Coutumier, & Bouteiller, en ſa Somme rurale, font mention de cet ancien uſage. A préſent les procureurs ſont des officiers publics qui peuvent occuper pour les parties, avec procuration ou expreſſe, ou tacite, leſquels ſont révocables en tout état de cauſe.

3. Il y a néanmoins quelques maximes dans le droit Romain, dont on peut encore leur faire l'application, notamment en ce qui regarde la preuve par témoins.

Ainſi on peut induire de la définition de la loi, qu'un procureur ne peut occuper pour une perſonne ſans ordre, & que comme il faut qu'il paroiſſe que cette partie y a conſenti, il faut auſſi que le procureur ait accepté cette charge. *L.* 8, *invitus procurator non ſolet dari, invitum accipere debemus non eum tantùm qui contradicit, verùm eum quoque qui conſenſiſſe non probatur.*

Procurator eſt qui aliena negotia mandato domini adminiſtrat, l. 1, ff. de Proc.

Et is ratum habuerit, l. 2, ibidem.

Nec ferendus eſt procurator qui ſibi adſerit procurationem. Nam hoc ipſo ſuſpectus eſt quòd operam ſuam ingerit invito, l. 25.

Il eſt encore certain, en droit Romain, & parmi nous, que quand on charge un autre procureur que celui qui a occupé d'abord, on eſt cenſé révoquer le premier ; mais ſuivant notre uſage, cette révocation doit être exprimée dans la procuration, & ſignifiée au procureur qui eſt révoqué.

L. 31, §. *Julianus ait eum qui dedit diverſis temporibus procuratores duos, poſteriorem dando, priorem prohibuiſſe videri.*

4. Cela ſuppoſé, il s'enſuit que le procureur doit être regardé parmi nous, comme un mandataire : or le mandat

eſt un contrat ; par conſéquent, ſuivant l'ordonnance de Moulins, la preuve par témoins n'en peut être reçue.

5. Cependant Boiceau diſtingue, & dit qu'à l'égard des procureurs des cours ſouveraines ou des préſidiaux, comme ils ont ſerment à juſtice, la préſomption eſt que s'ils ont occupé, ils en ont eu charge, quoiqu'ils ne juſtifient pas de leur procuration ; mais cette diſtinction ne peut être reçue abſolument, car les procureurs qui poſtulent dans les bailliages, les prévôtés & les juſtices des ſeigneurs ſubalternes, ont auſſi ſerment à juſtice ; & cette préſomption doit être, par conſéquent, la même en leur faveur, outre que dans l'uſage ils ne prennent point d'ordinaire de pouvoir par écrit.

6. Mais en général la préſomption qui réſulte de ce que le procureur eſt officier, n'eſt qu'une préſomption de droit, contre laquelle la preuve du contraire peut être admiſe : néanmoins ſi cette préſomption eſt ſoutenue par d'autres circonſtances, commme ſi ce procureur eſt chargé de l'exploit d'aſſignation [*] & des piéces, cette preuve n'eſt

[*] Et que l'huiſſier qui a donné cet exploit ne ſoit pas déſavoué.

Pareillement, lorſque le procureur du défendeur eſt porteur des titres de ſa partie, qui ont ſervi à la défenſe de ſa cauſe, ces titres forment une preuve du mandat qu'il a eu d'occuper.

Ces préſomptions diſpenſent bien le procureur d'apporter d'autres preuves du mandat ; mais elles n'excluent pas le déſavouant de faire, s'il le peut, la preuve qu'il n'a pas chargé le procureur d'occuper, comme s'il rapportoit une lettre de ce procureur conçue en ces termes : « J'ai reçu les titres que vous » m'avez envoyés pour conſulter nos » avocats ; je ne ferai rien ſans vos or» dres. » Une telle lettre, qui établit que les titres ne lui ont été envoyés que pour conſulter, & par laquelle il ſe ſoumet à attendre des ordres pour former la demande, détruit la préſomption du mandat d'occuper, qui réſultoit de ce qu'il eſt porteur des piéces.

Obſervez à l'égard des huiſſiers, que le titre dont l'huiſſier étoit porteur, fait bien une préſomption de ſon mandat, pour une aſſignation qu'il auroit donnée en conſéquence de ce titre, ou pour un ſimple commandement qu'il auroit fait en vertu de ce titre ; mais il eſt très-dangereux d'en établir une préſomption pour des ſaiſies-exécutions & ventes qu'il auroit faites ; car nous voyons arriver, tous les jours, que des huiſſiers abuſant d'une piéce qu'on leur a remiſe pour faire un commandement, font, contre le gré du créancier, des ſaiſies qui ruinent en frais le débiteur, & quelquefois le créancier. C'eſt le ſentiment de M. Potier, Tr. des Oblig. Néanmoins la juriſprudence paroit être en faveur des huiſſiers. L'auteur de la Nouvelle Collection de juriſprudence, rapporte un arrêt du 28 Mars 1767, dans l'eſpece duquel une femme autoriſée par juſtice, au défaut de ſon mari, offroit d'affirmer qu'elle avoit défendu à ſon huiſſier de paſſer outre aux pourſuites commencées contre ſon débiteur, qui étoit ſon beau-frere. Elle étoit, à cet effet, intervenante dans la conteſtation d'entre ſon débiteur & l'huiſſier qui avoit fait les pourſuites ; mais, ſans

pas recevable ; & il n'eſt point obligé de rapporter d'autre procuration en ce cas, parce que l'uſage eſt de charger ainſi un procureur ſans lui donner de procuration, c'eſt-à-dire, en lui remettant ſimplement l'aſſignation entre les mains ; ce qui eſt un ordre tacite qui lui ſuffit pour occuper.

7. On demande à cette occaſion ſi la preuve par témoins doit être reçue en faveur d'une partie, à l'effet de juſtifier qu'elle a chargé verbalement un procureur de ſon procès, ou qu'elle lui a donné une procuration expreſſe ſous ſeing privé, ou devant notaires, qu'elle ſoutient être entre ſes mains, & dont il n'y a point eu de minute, quand ce procureur refuſe d'occuper, & qu'il dénie même d'avoir été chargé par cette perſonne, attendu que ce procureur peut être corrompu par la partie adverſe ; & avoir ſupprimé les piéces de cette partie par fraude, auſſi-bien que la procuration qu'elle lui a donnée ; & il eſt certain que cette preuve ne doit pas être reçue à cauſe des conſéquences ; & dans le doute, la préſomption eſt pour l'officier, qui en doit être cru à ſon affirmation, quand il n'y a point d'autres circonſtances de fraude, d'autant plus que la partie articulant qu'il a chargé ce procureur de ſes piéces & de ſa procuration, demeure d'accord en même tems qu'elle l'a choiſi ſur tous les autres pour occuper pour elle : ainſi elle ne peut revenir contre ſon propre choix, & doit ſuivre entiérement ſa foi ; c'eſt ce qui a été jugé par arrêt rapporté par Péléus, Act. 22, liv. 4 ; & par Brodeau, ſur Louet, lettre S, n. 21, qui rapporte d'autres arrêts qui ont jugé que même avant la déclaration de 1597, pour la dé-

s'arrêter à ſa requête, le débiteur a été condamné à payer tous les frais légitimement faits, ſuivant la taxe : il eſt même à obſerver que le débiteur rapportoit une quittance définitive de ſa créanciere, de beaucoup antérieure aux dernieres pourſuites ; mais pluſieurs circonſtances établiſſoient que cette quittance étoit anti-datée.

La raiſon ſur laquelle cette juriſprudence eſt appuyée, eſt que le créancier doit s'imputer de n'avoir pas retiré des mains de l'huiſſier les titres qui lui ſervoient de pouvoir pour faire les pourſuites ; ce qui annonce un conſentement tacite qu'il a donné à ces pourſuites : cependant il ſeroit à deſirer que l'on pût trouver quelques moyens de mettre un frein à la licence des huiſſiers qui ſont de mauvaiſe foi.

Mais il n'y a pas lieu de douter que la preuve teſtimoniale ne pourroit être admiſe en cette occaſion ; car la partie a pu défendre par écrit à l'huiſſier de pouſſer plus loin ſes pourſuites ; par conſéquent, il a été en ſon pouvoir de ſe procurer une preuve par écrit de cette défenſe.

charge des avocats & procureurs, l'article 54 de Moulins avoit lieu en leur faveur, en ce cas, & qu'ils en étoient crus a leur ſeule affirmation. Charondas, liv. 13, Reſponſ. chap. 33, rapporte l'arrêt du 10 Décembre 1602, rendu ſur les concluſions de M. Servin, où cette queſtion fut agitée [*].

8. Autre choſe eſt, ſi la partie n'articule pas qu'elle l'ait chargé comme procureur, mais ſoutient ſeulement qu'il a ſes piéces entre les mains, & qu'il les retient par fraude, ou qu'il les lui a ſouſtraites par de mauvaiſes voies; car alors, n'articulant point qu'il ſoit ſon procureur, la preuve par témoins de ce fait ſeroit recevable, parce qu'il s'agit d'un dol perſonnel, dont la preuve n'eſt point défendue par l'ordonnance, joint qu'il ne s'agit pas, en ce cas, de la preuve d'une convention, mais d'un fait qui approche du crime.

9. Il eſt arrivé quelquefois qu'un procureur ſe trouvoit chargé de l'exploit & des piéces, & qu'un autre procureur avoit la procuration de la partie: on demande ſi, en ce cas, le premier avoit beſoin de la preuve par témoins, pour juſtifier que la partie lui avoit donné ſes piéces pour occuper pour elle, ou s'il ſuffiſoit qu'elle les lui eût mis en main; ce qui ſe doit décider par les circonſtannes, étant certain que deux procureurs ne peuvent occuper pour une même affaire; & s'il falloit décider en pareil cas, celui qui doit occuper des deux, il eſt conſtant que ce doit être celui qui a la procuration, parce qu'il a une preuve authentique du mandement de la partie; au lieu que l'autre n'a qu'une préſomption pour lui, que la partie, en lui mettant ſes piéces en main, lui a donné un ordre verbal d'occuper pour elle. Mais pour ſe déterminer plus ſûrement, il faut examiner ce qui a ſuivi; car celui qui des deux a occupé le premier pour cette partie, & qui s'eſt coté procureur, ou qui a fait des procédures, doit être préféré à celui qui n'a point agi, ou qui a agi le dernier, ſuivant la loi 32, *ff. de Prob. Pluribus procuratoribus in ſolidum ſimul datis, occupantis melior conditio erit.* Quoique cette loi ne parle que de deux procureurs *ad negotia*, elle peut s'étendre aux procureurs *ad lites*,

[*] Voyez la note du n. 14 des Addit. ſur le ch. 3, p. 107.

parce qu'il y a même raiſon, laquelle maxime a lieu à l'égard même de celui qui n'a que l'aſſignation & les piéces; car il eſt réputé ſuffiſamment chargé, outre qu'il n'y a que lui ſeul qui ſoit en état d'occuper, parce qu'il a en ſes mains les titres pour défendre la partie. Ce fut auſſi par cette raiſon, qu'un procureur ayant été chargé par une partie de ſes piéces, verbalement & ſans procuration pour s'oppoſer à des criées, fut condamné en ſes dommages & intérêts, pour ne l'avoir pas fait. Cet arrêt eſt du 26 Avril 1644, rapporté dans le Journal des Audiences, Tom. I, l. 4, chap. 14. Mais ſi le procureur, qui a la procuration a ſommé celui qui a l'exploit & les piéces de les lui rendre; en ce cas, il ſemble que ce dernier ne doit plus occuper, parce qu'étant libre aux parties de révoquer un procureur quand il leur plaît, la procuration de la partie donnée poſtérieurement à un autre, dumoins après qu'elle lui a été ſignifiée, eſt une révocation à ſon égard; ce qui eſt certain ſi cette procuration porte révocation: néanmoins les procédures que ce procureur auroit faites avant cette ſignification, en vertu des piéces dont il étoit chargé, doivent ſubſiſter, parce qu'il eſt préſumé avoir eu pouvoir d'occuper juſqu'au jour que cette procuration lui a été ſignifiée.

10. C'eſt par cette même raiſon, qu'il n'eſt pas permis de prouver par témoins qu'un procureur occupe pour une perſonne, ſous le nom d'un autre procureur; il faut une preuve par écrit, ſinon il en eſt cru à ſon affirmation, quand il ſoutient le contraire.

11. La révocation d'un procureur ſe doit auſſi prouver par écrit, parce qu'elle doit être ſignifiée au procureur que l'on révoque, & quoiqu'un mandat ou mandement, comme a obſervé Boiceau, puiſſe ſe contracter tacitement & ſans écrit, *ſolâ patientiâ*; néanmoins il ne s'enſuit pas que le fait d'une révocation tacite fût admis à la preuve par témoins: à l'égard du procureur qui a excédé ſon pouvoir en faiſant des offres, ou paſſant une ſentence, il doit rapporter un pouvoir par écrit; un ordre verbal ne ſuffit pas; & la preuve par témoins ne ſeroit pas reçue, en ce cas, en ſa faveur [*].

[*] *Procuratori ad lites ſolius conteſtandæ litis & perſequendæ, non verò tranſi-*

12. Pour ce qui eſt du procureur *ad negotia*, il n'y a nulle difficulté qu'il ne doive auſſi juſtifier par écrit, qu'il a un pouvoir de celui dont il adminiſtre les affaires ; la preuve par témoins d'un ordre verbal, ſeroit d'une trop périlleuſe conſéquence ; & ceux qui contractent avec lui en cette qualité, ne manquent pas auſſi de faire inſérer la teneur de ſa procuration dans l'acte auquel elle demeure annexée.

13. Il y a néanmoins des cas particuliers qui peuvent faire difficulté ; par exemple, ſi c'eſt un pere qui a contracté comme procureur, & ayant charge de ſon fils, & que le fils ſoutienne qu'il ne lui a donné aucun pouvoir, on demande ſi le pere ſera reçu à prouver par témoins, qu'il lui en a donné ordre verbalement, ce qui régulié-rement ne doit pas être reçu ; car, quoi qu'un déſaveu ſoit injurieux de la part d'un fils contre ſon pere ; néanmoins du moment que ce fils eſt majeur, ſes biens ne dépendent plus de ſon pere, il les poſſede librement ; & perſonne n'eſt en droit de ſtipuler pour lui ſans ſon ordre, outre que ce déſaveu pourroit être frauduleux & d'intelligence de la part de l'un & de l'autre pour tromper ceux qui auroient contracté avec eux, ſuivant leur intérêt particulier.

14. Quant à la difficulté qu'on peut faire au ſujet de la reſtitution des piéces par le procureur *ad lites*, M. Louet ;

gendi, aut paciſcendi poteſtas, niſi ſpecialiter conceſſa, competit. L. *Sed ſi* 13, ff. *de Pactis.*

Selon l'art. 6 du t't. 23 de l'ordonnance de 1667, les procureurs ne doivent fournir aucun reproche contre les témoins, ſi les reproches ne ſont ſignés de la partie, ou s'ils ne font apparoir d'un pouvoir ſpécial par écrit, à eux donné pour les propoſer.

Ils ne peuvent encore, ſans une procuration ſpéciale, former aucune demande nouvelle, ni interjetter aucun appel : ils ne peuvent renoncer aux appellations interjettées par leurs parties, ni s'en déſiſter ; faire aucune affirmation, aucune déclaration qui ſoit importante & déciſive ; prêter aucun conſentement, ni faire aucunes offres. Ils ne peuvent pareillement récuſer un juge, former une inſcription de faux, reconnoître une promeſſe ou une écriture privée, faire un aveu ou un déſaveu, ni généralement aucun autre acte qui dépende du fait de la partie, & qui ne ſoit pas de l'inſtruction ordinaire des inſtances & procès. Pratic. Franç. liv. 4, chap. 2.

L'art. 38 de l'ordonnance concernant les évocations, défend à tous procureurs de faire ſignifier aucunes cédules évocatoires, pour raiſon de parentés ou alliances, ſans avoir une procuration ſpéciale, paſſée à cet effet pardevant notaires, & de laquelle il reſtera minute, dont ils ſeront tenus de joindre la copie à la ſignification deſdites cédules évocatoires, à moins que les parties ne ſignent l'original & la copie de la cédule évocatoire.

Dans tous ces cas, la preuve par témoins ne peut être admiſe, comme il eſt évident.

lettre S, n. 21, rapporte l'arrêt de modification de l'ordonnance de 1597, vérifiée le 14 Mars 1603, qui ordonne que, pour les procès indécis & non jugés, la demande s'en doit faire, dans les dix ans, du jour des récépissés des avocats ou procureurs, & des procès jugés dans les cinq ans, & contre leur veuve & héritiers, ou autres ayant droit d'eux, dans les cinq ans, tant des procès jugés qu'à juger. Brodeau rapporte ensuite plusieurs arrêts de 1614, 1622 & 1624, en faveur des procureurs du parlement, même pour les procureurs du grand-conseil un arrêt du 28 Janvier 1608; & pour les procureurs des siéges inférieurs, un arrêt du 23 Août 1613 & autres.

Au reste, il faut distinguer si le procureur *ad lites*, est assigné pour restituer les piéces à sa partie, avant le tems expiré des cinq ans pour les procès jugés, & de dix ans pour ceux qui ne sont pas jugés, (après lequel tems, il en est déchargé, suivant l'ordonnance de 1597;) en ce cas, il peut non-seulement prouver par témoins qu'il les a rendus à sa partie, parce qu'il ne s'agit en cela que de la preuve d'un fait & non pas de la preuve d'une convention; mais même sa seule affirmation suffit, du moins à l'égard des avocats, ainsi qu'il a été jugé par un ancien arrêt du parlement de Paris, pour Pierre de Reliac, avocat: *Dictum fuit quod aliàs non teneretur docere de redditione cujusdam litteræ quàm per affimationem quam fecerat de redditione factâ dictæ litteræ ipsi procuratori, licèt confiteretur habuisse dictam litteram*, ainsi que rapporte *Joan. Gallus, qu.* 369; ce qui a été étendu depuis aux procureurs, par arrêt du 30 Décembre 1602, rapporté par M. Servin, en ses Plaidoyers, part. 4. Mais si les cinq ans, ou les dix ans sont expirés, il n'a plus besoin de preuve, quoiqu'il eût été chargé par écrit, la présomption étant qu'il les a rendus; & cette présomption, jointe avec son affirmation, devient une fin de non-recevoir indubitable contre la partie, d'autant qu'elle est établie par la loi pour la sûreté des officiers; ce qui n'empêcheroit pourtant pas que la preuve par écrit du contraire ne fût reçue, même après ce tems expiré [*].

15. Cette fin de non-recevoir de l'ordonnance n'a pas

[*] Cette présomption n'est qu'une présomption de droit, qui n'empêche pas la partie contre qui elle milite, de faire la preuve du contraire. Voyez, à ce su-

lieu néanmoins, ſi le procureur eſt chargé par récépiſſé envers le greffe ; par exemple, s'il a retiré la groſſe de la déclaration de dépens, qui y tient lieu de minute de l'exécutoire, parce que le calcul de dépens eſt au bas de cette déclaration, ſigné du rapporteur : d'autant qu'en ce cas il eſt chargé envers le dépôt public, lequel étant tenu de repréſenter cette minute en tout tems, le procureur eſt auſſi tenu de repréſenter cette piéce, même après les cinq & les dix ans, nonobſtant la diſpoſition de l'ordonnance ci-deſſus citée, à cauſe de l'action de garantie envers le dépôt public, laquelle dure trente ans contre lui, en ce cas, du jour qu'elle eſt intentée. Autre choſe eſt, s'il a retiré une production de chez un de MM. les conſeillers, ou du greffe, ſous ſon recepiſſé ; car l'ordonnance le décharge en ce cas.

16. Et pour ce qui eſt du procureur *ad negotia*, s'il n'y a point de preuve par écrit qu'il ait été chargé des piéces de celui pour lequel il a agi, il en doit être cru à ſon ſerment, *quia fides ejus electa eſt* ; parce que ſon miniſtere étant gratuit, il ne doit pas lui faire préjudice, ſi ce n'eſt qu'on l'accuſât de vol & de ſouſtraction de piéces [*].

Quia nemini officium ſuum debet eſſe damnoſum.

17. La preuve par témoins n'eſt pas auſſi recevable pour prouver qu'un procureur a dans ſa poſſeſſion des piéces qui peuvent ſervir à la conviction de ſa partie ; & la recherche dans ſon étude n'eſt point permiſe en ce cas ni en aucun autre, ſuivant qu'il a été jugé par un arrêt du 12 Février 1672, rapporté dans le Journal du Palais, Tom. I, pag. 21. La raiſon de toutes ces déciſions en fa-

jet, ce que nous avons dit, pag. 6 & 7, aux notes.

Il en ſeroit autrement ſi l'affirmation faite par l'officier lui avoit été déférée par la partie adverſe ; dans ce cas, il naîtroit de cette délation de ſerment une préſomption *juris & de jure*, contre laquelle la preuve du contraire ne peut point être admiſe. Voyez la note de la page 77, & le texte.

[*] Il a auſſi été jugé par arrêt rendu au rapport de M. Severt, le 23 Avril 1742, que de ce que quelqu'un a accepté une procuration & une délégation faite entre ſes mains au profit d'un tiers, il n'en réſulte pas qu'on puiſſe le forcer, ou ſa ſucceſſion, à rendre un compte, ſi on ne juſtifie qu'il a géré ou reçu. Dans l'eſpece de cet arrêt, on convenoit que le ſieur Montargon avoit accepté une délégation faite entre ſes mains pour M. de Croiſat ; mais les héritiers du ſieur Montargon ſoutenoient que juſqu'à ce qu'on prouvât que celui-ci avoit reçu & géré, relativement à cette délégation par lui acceptée, on ne pouvoit forcer ſa ſucceſſion à rendre compte. Cette preuve, dans ce cas, peut ſe faire, même par témoins ; car ceux qui ont intérêt de la faire, peuvent n'avoir pas été maîtres de s'en procurer une par écrit.

veur

veur des procureurs eſt, 1° qu'étant officiers publics, la préſomption eſt qu'ils ont de la probité, & que leur affirmation eſt véritable, parce qu'ils ſont dépoſitaires de la fortune des particuliers & du ſecret des familles, & qu'ainſi leur étude eſt un dépôt public qu'on ne doit point violer; 3° parce que celui qui les conſtitue pour occuper pour lui, les reconnoît pour perſonnes de probité, & ainſi doit ſuivre leur bonne foi.

18. Antonius Anſelmo, §. 32 de ſon Commentaire ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, obſerve auſſi que dans les Pays-bas, le mandat ſe doit prouver par écrit, & rapporte une apoſtille du 16 Septembre 1626, par laquelle le roi d'Eſpagne, ſur une requête des habitans de Tholcamere & de Thierlemont, ordonna que l'article 19 de l'édit perpétuel auroit lieu, même entre le mandant & le mandataire.

19. Carpanus, ſur le ſtatut 88 de Milan, parlant des cas dans leſquels la loi requiert l'écriture, dit que le mandat eſt du nombre, & qu'il ne peut ſe prouver par témoins, & cite *Boërius, déciſ.* 154; *& Aſinius*, §. 19, *chap.* 5, *n.* 7, *in Praxi.*

CHAPITRE XIII.

Des pactes tacites introduits par la loi, ou par le fait de l'homme.

SOMMAIRE.

1. *Si les pactes tacites ſont compris dans l'ordonnance de Moulins.*
2. *Exemple d'un créancier qui a rendu à ſon débiteur la promeſſe qu'il avoit de lui.*
3. *La loi, en ce cas, préſume la libération.*
4. *Diſtinction entre une promeſſe & une obligation dont il y a minute.*
5. *Cette préſomption n'a pas lieu dans le cas d'une obligation.*
6. *Mais elle a lieu à l'égard d'une promeſſe.*

7. *Distinction sur la qualité de la personne du débiteur, & des circonstances.*

8. *Quand il n'y a point de suspicion contre le débiteur, il est recevable à la preuve par témoins.*

9. *Si quand le débiteur est mort, l'affirmation de l'héritier est recevable.*

10. *Autre chose est, si le débiteur n'allégue pas qu'il ait payé, mais que le créancier lui a remis entre les mains sa promesse, dans le dessein de lui en faire une donation.*

11. *Du débiteur qui se trouve saisi du brevet de son obligation, qui avoit été remis ès mains du créancier.*

12. *Sentiment de Boiceau, quand l'obligation est au profit du créancier seul.*

13. *Cette présomption de payement n'est qu'une présomption de droit.*

14. *Différence, en ce cas, entre celui qui allégue une convention, & celui qui allégue que la piéce lui a été volée, ou qu'il l'a perdue.*

15. *Exemple d'un autre pacte tacite.*

1. COMME nous avons compris dans la prohibition de l'ordonnance toutes les conventions expresses & rédigées par écrit, contre lesquelles la preuve par témoins n'est pas admissible, il faut examiner ensuite, si les pactes tacites, (soit ceux qui dépendent de l'autorité de la loi, ou ceux qui viennent de la disposition de l'homme,) y sont aussi compris.

2. Par exemple, le jurisconsulte Paulus dit que, quand un créancier a rendu à son débiteur l'obligation qu'il avoit de lui, on présume qu'il y a eu un pacte tacite entr'eux, qu'il lui remettoit la dette : on demande donc, si, quand le débiteur a entre ses mains l'obligation qu'il avoit passée au profit du créancier, il sera tenu de prouver par écrit

---

1. ET cùm pacta omnia expressa, huic legi subjecta esse dixerimus, quærendum est, quid de pactis tacitis ex lege vel hominis dispositione orientibus?

2. Exempli gratiâ, Paulus ait : ex redditione cautionis debitum tacito pacto remissum censeri : *a* nunquid ergò debitor habens penès se debiti instrumentum, scriptis probare teneatur, instrumentum sibi à cre-

a L. Labeo, & l. Ista, ff. de Pact.

que le créancier lui a remis cette obligation, à deſſein de le décharger de la dette, ou s'il ſuffit qu'il ait ſimplement cette obligation entre ſes mains pour préſumer cette décharge, ou ſi, nonobſtant l'ordonnance de Moulins, il lui ſera permis de prouver par témoins que le créancier lui a remis cette obligation entre les mains.

3. Cette queſtion n'eſt pas de ſi peu de conſéquence qu'elle ne mérite d'être approfondie ; car il ſemble que le juriſconſulte ait décidé qu'il ſuffiſoit pour la décharge du débiteur, qu'il eût en ſa poſſeſſion le titre, en vertu duquel il étoit obligé, puiſque la loi, en ce cas, préſume tellement qu'il eſt déchargé, qu'elle ſemble ne pas même admettre la preuve du contraire, & cela en faveur de la libération qui eſt très-favorable en droit. Bien plus, la loi décide que celui qui remet entre les mains d'un autre le titre d'une choſe à lui dûe, eſt cenſé lui en faire une donation.

4. Nonobſtant toutes ces raiſons, néanmoins il me paroît qu'il faut diſtinguer, ſuivant l'eſprit de cette ordonnance ; car, ou il s'agit d'une obligation paſſée devant notaires, dont il eſt reſté minute, ſuivant la coutume, ou il s'agit d'une promeſſe écrite & ſignée de la main du débiteur.

5. A l'egard du premier cas, j'eſtimerois que la remiſe de cette obligation par le créancier entre les mains du

---

ditore reſtitutum fuiſſe, in debiti remiſſionem ? vel an ſufficiat inſtrumenti penès debitorem poſſeſſio ? vel utrùm teſtibus reſtitutionem probare liceat, non obſtante hac Molinæâ conſtitutione ?

3. Hæc queſtio non tàm levis videtur, ut ſinè diſputatione tranſire poſſit. Nam juriſconſultus videtur debitorem liberare, ſi obligationis inſtrumentum in poſſeſſione ſuâ monſtraverit : cùm ex eo, lex ità liberationem præſumat, ut in contrarium probationem admittere non videatur, *a* idque in gratiam liberationis, quâ in jure nihil favorabilius, *b* imò in diſponendo, videtur inſtrumenti datio, rei inſtrumento comprehenſæ donationem inducere, ut jure vulgatum. *c*

4. His tamen non obſtantibus puto, pro iſtius conſtitutionis diſpoſitione, ità diſtinguendum fore : aut enim agitur de contractu obligationis, à tabellionibus publicis recepto, & cujus ſcheda vel protocollum ab iſdem tabellionibus, vel notariis ſervatur ut paſſim fieri ſolet : aut agitur de ſimplici cautione chirographariâ, manu debitoris tantùm ſcriptâ, vel ſignatâ.

5. Primo caſu, putarem inſtrumenti redditionem, ad liberandi inten-

a *Dict. L. Labeo.*
b *L. Tal. pactum, ff. de Pact. & L. Arrianus, ff. de Act. & Ob.*
c *L. 1, C. de donationibus.*

débiteur, ne ſuffit pas pour pouvoir préſumer qu'il a voulu le décharger de la dette, parce qu'y ayant une minute, le débiteur pourroit s'en faire délivrer une expédition en forme par le notaire, en fraude du créancier, pour en induire enſuite contre lui cette préſomption, qu'il l'a tenu quitte de la dette, en lui rendant cette obligation; ce qui feroit donner un moyen aux débiteurs de ſe libérer par cette préſomption de la loi : c'eſt pourquoi il feroit aiſé aux débiteurs, (qui ſouvent employent toutes ſortes d'artifices pour procurer leur libération au préjudice de leurs créanciers,) ainſi qu'il eſt aiſé de voir dans le titre du Digéſte, *Quæ in fraudem credit*, de frauder par ce moyen l'intention de la loi; par conſéquent, puiſqu'il faut principalement s'arrêter à la raiſon du juriſconſulte, qui eſt l'ame de la loi, laquelle eſt fondée ſur ce qu'elle préſume que l'obligation n'a été rendue par le créancier à ſon débiteur, à autre deſſein que celui de le libérer, quand il ne lui reſte point d'autre titre de la dette que cette obligation entre les mains; car ce ſeroit autre choſe, s'il y avoit lieu de préſumer que le créancier a eu un autre deſſein que celui de libérer ſon débiteur, comme remarque le juriſconſulte Modeſtinus, au ſujet de la reſtitution d'un gage : il s'enſuit que la loi n'a pas entendu parler, en cet endroit, d'un acte public, dont il y a minute, ſi ce n'eſt lorſque cet

---

tionem factam præſumi non debere, ex eo ſolo quod inter manus debitoris inſtrumentum reperiatur. Nam cùm ſcheda publica penès notarios ſemper reſidere foleat, *a* poterit debitor ipſe à notariis publicis inſtrumentum in formâ, ut dicunt, petere, idque in fraudem creditoris, ut liberationis præſumptionem inducat, ex reperto penès eum authentico inſtrumento, ideòque ratio legis, quæ liberationem ex redditione præſumit, facillimè fraudari poterit à debitoribus; qui ſæpè omnibus technis & artibus quibus poſſunt, liberationis beneficium in fraudem creditorum moliuntur, ut ſatis videre licet toto ferè titulo, Quæ in fraud. credit. &c. Cùm ergò ratio juriſconſulti, quæ eſt anima legis, *b* ſemper ſpectanda ſit, ut ex redditione cautionis liberatio præſumatur, eo quod nullâ aliâ ratione, vel utilitate reſtituta præſumatur, niſi ad liberandum, nec ulla alia cautio alicubi reperiri poſſit, quàm ea quæ eſt in manu debitoris, aliud eſſet, ſi alia utilitas colligi poſſet, ut ait Modeſtinus de pignore reſtituto; *c* ergò de inſtrumentis publicis, quorum protocollum ſemper conſiſtit, loqui non videtur juriſconſultus, niſi forsàn inſtrumentum publicum, penès ipſum creditorem, & inter ejus inſtrumenta cancellatum

a *Cap. Cùm P. rebellio, extr. de Fid. inſt.*

b *L. Cùm ratio, ff. de bon. damn.*

c *L. Poſtquàm, ff. de Pact.*

acte public se trouve cancellé & rayé entre les papiers du créancier ; car, en ce cas, dit Balde, la présomption est pour la libération, jusqu'à ce que le contraire soit prouvé ; &, par conséquent, de ce que le créancier a rendu à son débiteur cet acte authentique & public, il ne s'ensuit pas qu'il l'ait libéré ; mais ce fait a encore besoin d'être prouvé, & c'est ainsi que le décide Cynus. Mais si, en ce cas, cette obligation excede cent livres, cette preuve se doit faire par écrit, & non par témoins ; c'est pourquoi ce cas sera compris dans la prohibition de l'ordonnance, parce que cette remise de l'obligation entre les mains du débiteur par le créancier, renferme, en quelque sorte, une convention expresse entr'eux, particuliérement si le débiteur allégue que cette convention de le libérer a été faite entre lui & le créancier, lorsqu'il lui a rendu cette obligation, comme il sera expliqué ci-après dans le Chapitre où il sera parlé des quittances.

6. Mais dans le second cas où il s'agit d'une promesse sous seing privé, il semble que sans autre preuve, suivant les termes du jurisconsulte Modestinus, cette seule restitution de la promesse par le créancier à son débiteur, soit une présomption suffisante qu'il a voulu le décharger de sa dette ; *car il dit que si la promesse a été cancellée, quoique ce soit une présomption que le créancier a déchargé le débiteur, néanmoins ce créancier ne laissera pas d'être en*

---

reperiatur : tunc enim, ait Baldus, *a* præsumptionem liberationis esse pro debitore, donec contrarium probetur. Ex his igitur sequitur solam instrumenti publici in manu debitoris possessionem, redditionis & liberationis probationem non arguere sed probatione opus esse, instrumentum ad liberationem restitutum fuisse, & ità concludit Cynus. *b* Atqui hæc redditio, si instrumentum centum libras excedat, scriptis probari debebit, & non testibus : ideòque casus iste nostrâ lege comprehensus erit, cùm illa redditio ad liberandum, speciem expressæ conventionis inter partes habeat, maximè, si redditio per viam contractûs expressi facta, allegetur, ut infrà in Capite de liberatoriis latiùs discutiemus.

a *L. unic. §. Illè autem, C. de Lat. lib. toll. num.* 1.

b *In l. Si de possessione, C. de Prob.*

6. In secundo verò casu, cùm de privatâ cautione chirographariâ agitur, an eo solo, quòd penès ipsum debitorem reperiatur, liberationem juris præsumptione faciat ? Videretur dicendum, hâc reditione liberationem præsumi, absque aliâ probatione, ex verbis Modestini, cùm ait *c* : *Si chirographum cancellatum fuerit, licèt præsumptione debitor*

c *In L. Si chirographum, ff. de Probat.*

droit d'intenter action contre lui, s'il a des preuves évidentes qu'il lui doit encore la ſomme portée dans cette promeſſe ; par leſquels termes il paroît que cette ſeule préſomption ſuffit, ſans autre preuve, pour la décharge du débiteur, du moins tant que le créancier ne juſtifie point du contraire.

7. Néanmoins, afin de décider cette queſtion dans tous les cas ſinguliers qui peuvent arriver, il faut faire une diſtinction ; car, ou le débiteur, qui ſe trouve en poſſeſſion de la promeſſe par lui faite, eſt une perſonne d'ailleurs de réputation ſuſpecte, & que l'on peut préſumer, à cauſe de l'accès qu'elle avoit dans la maiſon du créancier, & de ſa familiarité avec lui, avoir ſouſtrait furtivement cette promeſſe, comme ſi c'eſt un ſerviteur, un domeſtique, ou un commis ; un facteur, à l'égard de celui dont il fait valoir le commerce ; un fils, à l'égard de ſon pere ; une femme, à l'égard de ſon mari ; un procureur, ou celui qui pourſuit pour nous un procès, que nous appellons communément *un ſolliciteur*, leſquels ont accoutumé d'avoir en leur poſſeſſion les titres & papiers de celui dont ils font les affaires, & autres perſonnes ſemblables, par l'avis deſquels le créancier a coutume de ſe laiſſer conduire dans tout ce qui le regarde. Dans tous ces cas, ſi ces gens-là ſont les débiteurs de celui auprès

---

liberatus videatur tamen in eam quantitatem quam adhuc ſibi debe i manifeſtis probationibus creditor oſtenderit, rectè debitorem conveniri poſſe. Ex quibus patet, ex inſtrumento ad debitorem reverſo, liberationem, ſinè aliâ probatione, præſumi : quouſque contrarium à debitore probetur.

7. Pro hâc tamen quæſtione ſingulis ſuis caſibus diſcutiendâ, hâc diſtinctione opus eſt. Aut enim is debitor penès quem reperitur cautio eſt perſona alioquin ſuſpecta & quæ facilè præſumi poſſet, vel ſubtraxiſſe, vel aliâ familiaritate ſeu conjunctione clàm ſubripuiſſe, vel intercepiſſe hujuſmodi chirographum : ut ſunt ſervus, ſeu famulus ergà dominum, aut alius domeſticus, item inſtitor, ſeu exercitor, ergà eum cujus mercaturam exercet : item filius, vel uxor ergà maritum, vel patrem : item procurator & litis inſtitor (quem ſollicitatorem vulgò dicimus) qui dominorum inſtrumenta & arcana tractare ſolent, & aliæ ſimiles perſonæ, quæ continuâ familiaritate domum creditoris & ejus negotia frequentare ſolent, ità ut nonniſi cum eorum quotidiano conſilio creditor res ſuas agere conſueverit : in his omnibus, ſi debitores fuerint illius, cum quo ità verſantur, non præſumitur liberatio, eo ſolo quòd penès eos cautio

a *L. unicâ* §. *Ille, C. de Latur. libert. tol.*

duquel ils ont un libre accès, ils ne ſont pas préſumés être libérés, quoique leur promeſſe ſe trouve entre leurs mains, & qu'elle ſe trouve rayée de telle maniere que l'on ne puiſſe diſcerner par la main de qui elle peut avoir été rayée, ainſi qu'il eſt fait mention en droit ; car, au contraire, la loi préſume plutôt qu'à l'occaſion de cette familiarité, ces perſonnes ont dérobé cette promeſſe ; ainſi c'eſt à elles à prouver le contraire. Il faut dire la même choſe, ſi, (comme dit Albéric dans les eſpeces différentes qu'il rapporte ſur cette queſtion,) on peut préſumer que le créancier a pu avoir quelque autre motif, en rendant cette promeſſe à ſon débiteur, que celui de le libérer.

8. Mais dans les cas où il n'y a aucun ſoupçon de vol & de ſouſtraction, ſi ce débiteur eſt un homme de probité & d'une réputation entiere, & qu'il ne ſoit point domeſtique du créancier, ni autrement ſuſpect, & qu'il affirme qu'il a payé la dette, & ſoutienne que cette remiſe de l'obligation entre ſes mains par le créancier, en eſt une preuve, je crois qu'il faut l'écouter, & que cette préſomption de la loi eſt à ſon avantage, pourvu qu'il veuille affirmer par ſerment, qu'il a effectivement payé la dette dont il s'agit ; & quoique d'anciens docteurs, comme Jacobus de Arena, n'ayent pas même requis le ſerment en cette occaſion, néanmoins il eſt à propos que le juge le lui défere pour fortifier cette preuve ; car dans les cas où il y

---

debiti reperiatur, etiam cancellata, eâ cancellatione quæ indifferenter quálibet manu fieri poteſt, de quâ in jure nonnunquam fit mentio : *a* Nempè ex eâ familiaritate & conjunctione, vel domeſticâ converſatione, magis ſubreptionem, quàm redditionem præſumit juris diſpoſitio, *b* ideòque redditionem cautionis probare debebunt. Item, ſi ex hâc cautione penès debitorem repertâ, aliud commodum quàm liberationis elici poterat, ut in exemplis ab Alberico eleganter diſcuſſis, cùm de hâc re loquitur. *c*

8. His autem ſuſpicionibus de furto vel ſubtractione ceſſantibus, ſi debitor ſit vir probus, & integræ famæ, non domeſticus, nec alioqui creditori ſuſpectus, & ſe debitum ſolviſſe aſſerat, probationemque ex eo inducere contendat, quòd penès eum inveniatur cautio, puto eum audiri debere, eumque hâc juris præſumptione juvari, ſi modo ſolutionem juramento firmare voluerit, & ità aliâ probatione non indigere. Et quamvis nonnulli doctores antiqui, ut Jacobus de Arenâ *d* juramentum non exigerent, ſatius tamen facere judicem putarem, ſi hujuſmodi juris præſumptionem juramento adjuvarit : in his enim dubiis cauſis (ait Caius),

a *Notat. inſt. de his quæ in teſtament. delent.*

b *D. ff. L. unic. §. Ille de Lat. libert. tol. & l. Fullo ſub fin. & l. Qui tabulas, ff. de Furt.*

c *Dict. L. Labeo, num.* 1 & 2.

d *In Dict. L. Labeo, & ſeq.*

a du doute, dit le juriſconſulte Caïus, les juges, après avoir fait prêter le ſerment à la partie, ont coutume de s'en rapporter à l'affirmation qu'elle a faite, comme il ſe pratique en certains cas, à l'égard de ceux qui ſont en poſſeſſion d'une choſe.

9. Que ſi le débiteur eſt décédé, & qu'il ait laiſſé un héritier entre les mains duquel eſt cette promeſſe, qu'il a trouvée entre les papiers de ſon pere, je crois qu'il faut décider la même choſe, à cauſe de la bonne foi qu'on préſume à l'egard de celui qui a ſuccédé aux droits d'un autre, particuliérement s'il eſt prêt d'affirmer qu'il croit de bonne foi, que ſon pere avoit acquitté cette dette.

10. Autre choſe ſeroit, ſi le débiteur ne dit pas que cette promeſſe lui a été rendue, à deſſein de le décharger par le créancier, mais que ce créancier lui a fait un don de cette dette, ou qu'il y a eu une nouvelle convention entr'eux, qu'il ne la lui demanderoit point; car, en ce cas, preſque tous les docteurs conviennent que le débiteur n'eſt point libéré, mais qu'il faut que ce débiteur prouve le fait qu'il allégue, parce que ce fait eſt détruit par une autre préſomption de droit, qui eſt que perſonne n'eſt préſumé donner, s'il n'y en a preuve; à quoi j'ajoûte que jamais on ne préſume qu'il y ait une novation, ſi elle n'eſt diſertement ſtipulée; & il eſt évident de quelle ſorte

---

a *In l. Admonendi, ff. Jurejur.*

b §. *Si quis ſe. Si de inveſtitur. inter. dom. & vaſ. lis oriatur in uſib. feudorum.*

c *L. Qui in alterius, cum ſimilibus, ff. de Reg. jur.*

d *Notat. in l. Generaliter, C. de Jurejur.*

a *L. Cùm de indebito, ff. de probat. l. Filius, ff. de donat.*

a judices, exacto jurejurando, ſecundùm eum qui juraverit, judicare conſueverunt, ſicut etiàm nonnullis caſibus poſſeſſoribus juramentum deferri ſolet. *b*

9. Quòd ſi debitor mortuus fuerit, relicto ejus hærede, penès quem reperiatur illa cautio, & quam inter inſtrumenta patris reperierit, puto idem judicandum propter bonam fidem quam habet in alterius locum ſuccedens: *c* maximè ſi paratus ſit jurare de ſuâ credulitate, ſcilicèt: quòd credat debitum à patre ſuo exſolutum fuiſſe, quòd ſæpè lex permittit. *d*

10. Aliud autem dicendum eſſet, ſi debitor, penès quem cautio reperitur, non ſolutionem allegare voluerit, ſed animo donandi cautionem hujuſmodi reſtitutam fuiſſe, aut novo pacto de non petendo, ſeu ſimili conventione, quæ ad donationis ſeu liberæ remiſſionis naturam accedat: tunc enim conſentiunt ferè omnes doctores, ipſum debitorem non liberari, ſed cauſæ probatione indigere, cùm pugnet in eum alia juris præſumptio, ſcilicèt, quòd nunquam liberalitas ſeu donatio præſumatur, niſi probetur. *e* Quibus hoc addo, novationem numquam præſumi niſi

de

de preuve il doit ſe ſervir en cette rencontre ; car, ſi pour ſa décharge il allégue qu'il lui a été fait une donation, ou une autre libéralité, attendu qu'en ce cas il s'agit d'un contrat, il ne pourra être reçu à la preuve par témoins contre la diſpoſition de l'ordonnance, parce qu'une donation & une libéralité ſont miſe au nombre des contrats, comme il a déja été dit pluſieurs fois ; & c'eſt le ſentiment de Cynus, de Balde, de Paul de Caſtres, d'Albéric & de Jaſon ; ce qui doit s'entendre néanmoins avec les diſtinctions dont nous parlerons dans le Chapitre ci-deſſous, qui traite des quittances ; & je l'ai vu ſouvent décider ainſi dans les conſultations.

11. Mais on demande ſi l'on doit préſumer la libération, quand la minute originale de l'obligation ſignée des parties, (qui étoit demeurée entre les mains du créancier, comme on le pratique ſouvent,) ſe trouve entre celles du débiteur, & non pas chez les notaires qui l'ont paſſée, comme on l'a préſumé dans le cas d'une promeſſe ſous ſeing privé. J'ai vu des docteurs qui faiſoient difficulté ſur cette queſtion ; car ils ſoutenoient qu'un acte public & authentique ne pouvoit être détruit que par un autre acte qui fût auſſi public & authentique, c'eſt-à-dire par une quittance par écrit, & non pas par la ſimple reſtitution de l'obligation par le créancier au débiteur, & qu'ainſi la

---

expreſsè probetur. *a* Quo autem genere probationis ei liceat uti, planum eſt : ſi enim pro liberatione donationem aut aliam liberalitatem alleget, teſtibus non utetur, prohibente hâc lege, cùm donatio & liberalitas inter contractus annumerentur, ut ſæpè dictum eſt : *b* & cum iſtis reſolutionibus tranſeunt Cynus, *c* Bald. *d* Paulus de Caſtro, Albericus, & Jaſon, *e* ſalvis tamen diſtinctionibus, de quibus in liberatoriis infrà dicemus, & ita ſæpè vidi conſuli.

11. Sed nunquid ſimiliter judicandum eſſet, de inſtrumento etiam publico, à tabellione & partibus ſignato, cujus tamen protocollum, ſeu originalis ſcheda, penès ipſum ſolum creditorem remanſerat, & non apud ipſos notarios, (ut ſæpè fit) quæ tandem obligatio penès ipſum debitorem reperitur, nunquid, inquam, ex eo liberatio præſumatur, prout diximus de privatâ cautione chirographariâ ; ſuper hac quæſtione à quibuſdam doctis vidi dubitari : nam dicebant inſtrumenti hujus publici authoritatem talem eſſe, ut quâ ſolemnitate inducta eſſet, eâdem ſolemnitate diſſolvi deberet, *f* utpotè, liberatione

a *L. Fin. C. de Novat.*

b *L. Contractus, C. de Fide inſtrum.*

c *In L. Si de poſſeſſione, C. de Probat.*

d *In l. unic. §. Ille de Lat. libert. toll.*

e *In Dict. l. Labeo, junct. l. ſeq. ff. de Pact.*

f *L. Nihil tam naturale, ff. de R. g. jur.*

preuve par témoins n'avoit point lieu, en ce cas, contre la disposition de cette ordonnance.

12. Pour moi j'estime, sauf meilleur avis, qu'il faut décider la même chose à l'égard de la remise de la minute originale par le créancier entre les mains de son débiteur, que dans celui d'une promesse sous seing privé, notamment si l'obligation est seulement conçue en faveur du créancier, que quelques praticiens ont appellée *obligationem monocularem*, ou qui ne regarde que le profit du créancier; par exemple, si Titius a emprunté cent écus de Caïus, & qu'il lui ait remis entre les mains le brevet de l'obligation passée devant notaires, laquelle obligation, quoiqu'elle soit authentique, est demeurée ainsi en la possession du créancier, sans qu'il en soit resté aucune chose par-devers les notaires qui l'ont passée, comme j'ai vu arriver souvent; si, quelque tems après, cette minute se trouve rayée & cancellée entre les mains du débiteur, on doit présumer la libération en sa faveur, de même que dans le cas d'une promesse, parce qu'il y a même raison, & qu'ainsi cela se doit décider par la même présomption de droit; ce qui s'entend néanmoins selon les distinctions des personnes suspectes ou non suspectes, ci-dessus marquées.

13. Mais on demande si cette présomption est du nombre de celles qui sont de droit, & autorisées par le droit; ensorte qu'il ne soit pas permis au créancier de justifier le

---

scriptâ, & non solâ restitutione, nec testibus, obstante hâc constitutione, probari posse.

12. Ego tamen, salvo meliori judicio, idem judicandum puto, in isto casu restitutionis protocolli; quod in privatâ cautione chirographariâ, & maximè quando obligatio est monocularis, ut dicunt nonnulli pragmatici, id est, in gratiam creditoris tantùm facta: ut quandò Titius accepit mutuò centum à Caïo, qui instrumentum publicum à notariis confectum tradit, cujus obligatio, quamvis authentica, penès ipsum solum creditorem remanet, nec aliquid à notariis retinetur, ut passim vidi fieri, si aliquo post tempore, protocollum istud publicum, penès debitorem reperiatur cancellatum, ex eo liberatio præsumitur, sicut in chirographo, cùm eadem ratio videatur, ideòque eodem jure judicari debet, & eâdem juris præsumptione: habitâ tamen personarum suspectarum, & non suspectarum, supradictâ distinctione.

13. Sed utrùm hæc præsumptio sit juris & de jure, quæ contrariam

contraire ; c'eſt-à dire que le créancier a eu un autre deſſein que celui de libérer le débiteur, en lui rendant cette obligation, & ſçavoir ſi cette preuve doit être faite par témoins ou par écrit, ſuivant cette ordonnance. A quoi je réponds que cette préſomption, qui réſulte de ce que le créancier a rendu cette obligation au débiteur, ou de ce qu'elle ſe trouve entre ſes mains, n'eſt qu'une préſomption de droit, contre laquelle, comme à l'égard des autres préſomptions de droit, on eſt reçu à prouver le contraire.

14. Ainſi, ſi le créancier veut prouver qu'il a rendu cette minute de l'obligation, dans un autre deſſein que celui de libérer le débiteur ; par exemple, parce qu'il étoit convenu avec ce débiteur de paſſer une autre obligation, ou dans le deſſein d'innover la dette, ou de faire quelqu'autre convention ; ou s'il ſoutient que cette obligation lui a été ſouſtraite & volée, comme il eſt arrivé ſouvent dans notre province, dans les dernieres guerres civiles de ce tems, pendant lequel, qui eſt-ce qui ne ſçait que les maiſons des particuliers, des notaires & des greffiers ont été pillées, & leurs minutes diſperſées, comme les feuilles de la Sybille, & emportée peut-être par les débiteurs, comme je l'ai vu ſouvent articuler par des créanciers, en pareil cas ? Ne ſera-t-il donc pas permis au

---

probationem non recipiat, *a* vel juris tantùm, ità ut contrarium probari poſſit per creditorem, ſcilicèt alio animo reſtitutum fuiſſe inſtrumentum, quàm liberandi, vel aliâ ex cauſâ per debitorem poſſeſſum ? Et utrùm probatio fieri poſſit teſtibus, an ſcriptis tantùm, ſecundùm hanc conſtitutionem ? Quibus reſpondeo, hanc præſumptionem de inſtrumento reſtituto, vel penès debitorem reperto, juris tantùm eſſe, atque ideò probationem, ut aliæ juris tantum præſumptiones, *b* contrariam recipere.

a *L. fin. Arbitrium tutel. & not. in l. Si vel poſſeſſionis, C. de Prob.*

b *Cap. 1, & cap. fin. ext. de præſumpt.*

14. Si ergo creditor contrà hujuſmodi inſtrumenti poſſeſſionem, allegare voluerit, hanc cautionem aliam ob cauſam reſtitutam fuiſſe, utpotè in cauſam tranſlationis unius obligationis in aliam, *c* aut in cauſam novationis, *d* aut in gratiam conventionis alteriùs, vel ſi velit dicere inſtrumentum hujuſcemodi fuiſſe ſubſtractum, vel furto ſubreptum, vel ablatum : ut, exempli gratiâ, in bellis civilibus, quibus nuper exarſit Gallia noſtra, quis neſcit domos infinitas deprædatas fuiſſe, atque inſtrumenta tàm privatorum, quàm tabellionum, & actuariorum direpta, & tanquam folia Sibyllæ ſparſa, & à nonnullis forſitàn debi-

c *L. Singularia, ff. Si cert. pet.*

d *L. fin. C. de Novation.*

créancier d'alléguer, contre ſon débiteur qui ſe trouve ſaiſi du brevet de ſon obligation, quoiqu'il paſſe pour homme de probité, qu'il lui a volé cette obbligation, ou qu'elle lui a été remiſe entre les mains par ceux qui la lui avoient volée? & cela eſt certain, comme je l'ai vu ſouvent juger, & recevoir la preuve par témoins; parce que quand la loi préſume la libération en faveur de celui qui ſe trouve avoir en ſa poſſeſſion l'obligation qu'il a paſſée au profit d'un autre, elle n'a parlé que d'une poſſeſſion de bonne foi, & non pas d'une poſſeſſion frauduleuſe, ou qui provient d'une autre cauſe que celle de la libération, qui ne peut être appellée *une véritable & légitime poſſeſſion*, parce que perſonne ne doit profiter de ſon dol & de ſa fraude, & qu'il n'eſt pas même permis de ſtipuler qu'on n'en ſera point tenu; mais comment ſe fera cette preuve par le créancier? Si l'obligation excede la ſomme de cent livres, ſera-ce par témoins ou par écrit? Pour moi, je dis qu'il faut diſtinguer; car ſi le créancier allégue qu'il a rendu l'obligation au débiteur, non pas à deſſein de le libérer, mais pour innover la dette, ou pour la changer en une autre obligation, ou à deſſein de faire quelqu'autre convention, dont le créancier ou le débiteur, ou ceux qui avoient leur procuration & qui agiſſoient pour eux, étoient

---

toribus capta; ut in quibuſdam cauſis vidi ità excipi per creditores contrà debitores ſuos? Nunquid ergò creditor in debitorem, debiti inſtrumentum poſſidentem, allegare poterit, ipſum debitorem, cujuſcunque probitatis vel opinionis fuerit, dictam cautionem ſubtraxiſſe, vel à ſubtractoribus accepiſſe? Et certum eſt quod ſic; ut ſæpè jam vidi judicari, & factum illud recipi, cùm lex, quæ pro ipſo poſſeſſore liberationem præſumit, nunquàm cogitaverit de poſſeſſione in aliam cauſam factâ, ac multò minùs doloſâ, violentâ, & alioqui reprobatâ, quæ vera poſſeſſio dici non poteſt: *a* cùm dolus & fraus nemini unquam patrocinari debeant, *b* & de dolo, maximè futuro, iniqua ſit pactio. *c* Sed quomodo fiet hæc probatio à creditore, ſi obligatio libram centenam excedat, an teſtibus recipietur, vel ſcriptis fieri debebit; ego dico ità diſtinguendum fore; nam ſi creditor allegaverit, inſtrumentum debitori reſtitutum fuiſſe, non animo liberandi, ſed animo novandi, vel in aliam obligationem transferendi, aut propter aliam conventionem inter creditorem & debitorem, aut eorum procuratores, aut agentes, ex reſcè factam; tunc, quià illæ cauſæ ab expreſſâ partium conventione procedere allegantur, debent ſcriptis probari, quoniam

a *L. 1, C. Unde vi.*

b *L. fin. C. de Jurejurand. Cap. Ad noſtram, ext. de empt & vend.*

c *L. Si unus, §. Illud, ff. de Pa.*

expreſſément convenus, en ce cas, parce qu'il s'agit d'une convention expreſſe, il faut le prouver par écrit, parce que la preuve par témoins n'en ſeroit pas reçue, ſuivant l'ordonnance; ou bien on allégue ſimplement contre la préſomption qui réſulte en faveur du débiteur, (de ce qu'il eſt ſaiſi de l'obligation,) une autre cauſe qu'une convention, par exemple, le vol & la ſouſtraction de cette obligation, ou qu'il l'a priſe lors d'un incendie, de la chute d'une maiſon en ruine, d'un naufrage, ou dans un accident ſemblable; & je dis que la preuve par témoins doit être admiſe, nonobſtant l'ordonnance, laquelle ne parle que des pactes & conventions, & non pas des faits qui arrivent par un accident imprévu, ou qui approchent du délit ou quaſi-délit, ni des cas fortuits dont on peut juſtifier la vérité par toute ſorte de preuve, & je l'ai vu ſouvent juger ainſi.

15. Il y a encore d'autres pactes tacites en droit, comme, par exemple, ſi un créancier aſſigne celui qui a acheté une ſucceſſion, à ce qu'il ait à lui payer une dette du défunt, & que l'acheteur procede ſur cette aſſignation, & fourniſſe des défenſes contre cette demande; car cet acheteur, en ſubiſſant cette action, décharge tacitement l'héritier du débiteur, du payement de cette dette; ſur quoi on demande ſi l'on peut prouver par témoins, que l'acheteur de cette ſucceſſion a ſubi volontairement cette action? & je dis que cela ne ſe doit prouver que par écrit, parce que

---

teſtium probatio non admitteretur, ſecundùm hanc regiam ſanctionem: aut verò contrà inſtrumenti poſſeſſionem, allegatur cauſa extrà conventionem partium prætenſa, utpotè, cauſa furti, ſubtractionis, aut ereptionis ab incendio, ruinâ, vel naufragio, aut alia ſimilis cauſa præcedens; & tunc, dico teſtium probationem admitti, non obſtante hâc conſtitutione, quæ tantùm de pactionibus hominum loqui videtur, & non de actibus doloſè factis, & ex delicto vel quaſi naſcentibus, aliiſve cauſis fortuitò accidentibus, *a* quæ omni genere probationum elucidari poſſunt: & ita jam ſæpè vidi obſervari.

a L. Contractus, ff. de Reg. jur. & l. Quæ fortuitis, C. de Pignor. action.

15. Alia ſunt in jure tacita pacta, ut cùm creditor emptorem hæreditatis convenit pro debito hæreditario, & emptor hæreditatis, ſpontaneâ voluntate ſuſcipit actionem; nam eâ ſpontaneâ ſuſceptione, tacito pacto liberat hæredem debitoris, ut jure vulgatum: *b* Nunquid hæc ſuſcep-

b L. 2, C. de Pact.

cela ne ſe peut faire que par des procédures faites en juſtice, ſuivant la loi, & que des actes judiciaires ne ſe peuvent prouver que par écrit.

---

tio probari teſtibus poterit? Dico quod ſcriptis tantùm probari debebit: cùm hoc in judicio fieri lex deſideret, & acta judiciaria nonniſi ſcriptis probari debeant. *a*

a L. Ne in arbitris, ff. de Recept. arbitr.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XIII.

SOMMAIRE.

1. *Explication de la loi* Labeo, *dont parle Boiceau.*
2. *Cette même queſtion traitée par Corſerius*, Deciſ. cap. Thol.
   Diſtinction ajoûtée à celle de Boiceau, au ſujet de la premiere groſſe, & de la ſeconde expédition d'une obligation.
4. *Préſomption différente de celle de la loi* Labeo, *qu'il faut tirer ſuivant nos mœurs; & pourquoi?*
5. *Autre préſomption de payement, tirée de la loi* 3, ff. de Liberatione legatâ.
6. *De la préſomption du payement qui réſulte de la reſtitution du gage par le créancier à ſon débiteur.*
7. *Explication de la loi* Si chirographum, ff. de Probat. *touchant la promeſſe qui ſe trouve rayée entre les mains du créancier ou du débiteur.*
8. *De la ſouſtraction de la promeſſe.*
9. *De la préſomption, que l'acquéreur de droits ſucceſſifs a accepté le payement d'une dette de ſucceſſion.*
10. *Autre cas où la préſomption de payement a lieu, ſuivant nos mœurs, comme à l'égard des arrérages des rentes conſtituées.*
11. *De celui qui rapporte la quittance de la derniere année d'une rente, ſans réſerve des précédentes, & autres cas ſemblables.*
12. *Autre queſtion touchant ceux qui ont pluſieurs affaires enſemble, & qui font différens payemens ſans réſerve. Explication de la loi* Procula, D. de Probat.

13. *Circonſtances déciſives de cette loi, ſans leſquelles ſa diſpoſition ne peut avoir lieu.*
14. *Réponſe de M. Cujas à la loi* Si cum don. D. rer. amot. *que l'on oppoſe à la loi* Procula.
15. *Réponſe à la loi* Libertis, D. de Alimentis.
16. *Explication de la loi* Lucio Titio, D. de Obligat. & orationibus.
17. *La loi derniere* D. Quod metûs cauſâ, *induit une ſimple préſomption.*
18. *Concluſion de ce qu'on doit décider à l'égard de deux perſonnes qui ont été long-tems ſans compter enſemble.*
19. *Explication de la maxime* Cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt.
20. *Réflexion de Bronchorſt ſur cette régle.*
21. *Autre préſomption de payement, tirée de la loi* Quicunque, C. de Apochis publicis, T. 22.
22. *Cette loi doit être étendue à l'emphyteutaire.*
23. *Du débiteur de pluſieurs ſommes, qui paye ſans expliquer ſur quelle dette.*
24. *Maxime générale, concernant les préſomptions de payement.*
25. *La preuve par témoins, qu'une obligation a éte cancellée, ne peut être demandée à Bologne.*
26. *Autres queſtions par Monterentius, ſur ce ſujet.*
27. *Diſpoſition du ſtatut de Milan, touchant la préſomption du payement qui réſulte de la loi* Labeo.
28. *Diſtinction de Carpanus ſur cette préſomption.*
29. *De la préſomption du payement à l'égard de la dot.*

BOICEAU traite, dans ce Chapitre, d'un ſeul pacte tacite, qui eſt celui introduit par la loi *Labeo*, au ſujet de la promeſſe ou obligation qui ſe trouvent entre les mains du débiteur, ſoit que le créancier les lui ait rendues, ou qu'il les ait eu par quelqu'autre voie, il apporte pluſieurs diſtinctions ſur cette queſtion. Il faut donc examiner quel eſt l'eſprit de cette loi, & les autres difficultés qu'elle peut faire naître, & enſuite ajoûter pluſieurs autres exemples des pactes tacites dont cet auteur n'a point parlé.

1. Il faut remarquer d'abord que la loi *Labeo* ne donne

qu'une ſimple exception au débiteur contre le créancier, & rejette la preuve ſur celui-ci ; & cette exception eſt fondée ſur ce qu'elle préſume que le créancier, en remettant l'obligation entre les mains du débiteur, eſt convenu tacitement avec lui, qu'il ne lui en demanderoit point le payement ; que ſi néanmoins il ne laiſſe pas de le demander, elle regarde cette demande comme un dol, ſuivant le ſentiment de M. Cujas. Mais cette loi, en donnant cette exception, n'exclut point la preuve du contraire, & ſe ſert du mot *videtur*, pour marquer que ce n'eſt qu'une préſomption de droit [*].

Petenti pecuniam obſtat exceptio pacti taciti vel quæ cum ea concurrit ſemper exceptio doli, ſur la loi *Labeo.*

2. Les diſtinctions que Boiceau ajoûte ſur la qualité de l'acte qui eſt ou ſous ſignature privée, ou paſſé devant notaires, & dont il eſt reſté minute, & celles qu'il fait ſur la qualité du débiteur, ſont très judicieuſes. Cette même queſtion eſt auſſi traitée par Corſerius, *in deciſ.* 130, *cap. Tholoſani*, lequel ſuit le ſentiment de la Gloſe, & de Cynus. Si, dit-il, l'obligation ſe trouve entre les mains du débiteur, & qu'il avance qu'il y a eu un pacte entre lui & le créancier, qu'il ne lui en demanderoit rien, en ce cas, c'eſt au débiteur à prouver ce pacte ; s'il dit ſimplement qu'il l'a quitté, parce qu'il a payé les cauſes de l'obligation, en ce cas, *ſi ſit perſona domeſtica*, dit-il, on ne préſume pas qu'il ait payé, il faut qu'il le prouve. Aufrerius, ſur cette déciſion, cite pluſieurs docteurs qui ſont de ce ſentiment, & rapporte les raiſons de diverſité entre ces

Ad leg. Si de poſſeſſione, C. de Probat.

[*] Contre laquelle la preuve du contraire peut être admiſe, comme nous l'avons vu en parlant des préſomptions ; mais cette preuve peut-elle ſe faire par témoins ? ou doit-elle abſolument être faite par écrit ? Il faut diſtinguer. Si le créancier, qui veut faire tomber la préſomption qui milite en faveur du débiteur, convient lui avoir remis l'obligation, mais par d'autres motifs que de libération de la dette, il ne peut être admis à prouver ſon dire, que par un écrit ; car l'obligation entre les mains du débiteur eſt un acte en ſa faveur, & une quittance préſumée : or il eſt de principe, qu'en général la foi d'un acte ne peut être détruite que par un autre acte. D'ailleurs ces motifs qu'allegue le créancier, ſont une convention dont il pouvoit ſe procurer une preuve par écrit ; par conſéquent, il ne peut être admis à la preuve par témoins. Si, au contraire, le créancier prétend que l'obligation ou le billet lui a été dérobé ou ſouſtrait frauduleuſement par le débiteur, il pourra être admis à la preuve teſtimoniale ; car le vol & la fraude ſont des faits qui peuvent toujours ſe prouver par témoins.

Si, au lieu du créancier lui-même, on ſuppoſe quelqu'un à ſes droits, comme ſes créanciers, ils pourront être admis dans tous les cas à la preuve teſtimoniale ; car ce ſont des tiers qui n'ont pu ſe procurer une preuve par écrit, & en fraude deſquels la remiſe peut avoir été faite.

deux

deux eſpeces ; ſçavoir qu'à l'égard de celui qui allégue que le créancier eſt convenu de ne lui rien demander, c'eſt comme s'il alléguoit qu'il lui a fait don de cette ſomme, & qu'ainſi il eſt tenu de prouver ce fait, qui ne ſe préſume point, parce que perſonne n'eſt préſumé donner, & on préſume plutôt qu'il a ſouſtrait cette obligation [*] ; & dans le ſecond cas, en alléguant par le débiteur qu'il a payé, il n'y a nulle préſomption contraire qui détruiſe le fait de ce payement, puiſque c'eſt même lors du payement que le créancier rend l'obligation au débiteur, pourvu néanmoins, ajoûte-t-il, que ce débiteur ne ſoit pas un domeſtique de ce créan-

[*] Je doute que maintenant on admit dans l'uſage ordinaire la diſtinction propoſée par ces auteurs, au ſujet de l'allégation du débiteur. S'il avance qu'il y a eu un pacte entre lui & le créancier, qu'il ne lui demanderoit rien, ou que le créancier lui a fait don de la ſomme contenue au billet, pourquoi eſt-ce à lui à prouver ce fait ? Il a pour lui la préſomption ; le billet qu'il a entre ſes mains, eſt une preuve de droit en ſa faveur, (les choſes mobiliaires ſe pouvant donner ſans écrit, & par une ſimple tradition) juſqu'à ce que cette preuve ſoit détruite par une preuve plus forte. Il a pour lui la poſſeſſion ; & dans le doute, comme on ſçait, *melior eſt cauſa poſſidentis*. Si la donation ne ſe préſume pas, la fraude ſe préſume encore moins : *Fraus numquàm præſumitur* ; & c'eſt par cette raiſon que la fraude ne ſe préſume pas, qu'on ne doit pas en ſoupçonner le débiteur, lorſqu'il n'y a aucun ſujet de le faire. C'eſt donc à ceux qui y ſont intéreſſés, à prouver la fauſſeté du payement, de la remiſe ou de la donation ; & tant qu'ils ne la prouveront pas, la préſomption ſera toujours en faveur du débiteur. En effet il peut ſe faire que le créancier lui ait véritablement fait la remiſe ou la donation de ſon billet, & que cela ſe ſoit paſſé hors la préſence de témoins, comme il arrive tous les jours : dans ce cas, qu'y auroit-il de plus injuſte que de condamner ce débiteur, faute de pouvoir prouver la vérité de ces faits, tandis qu'il a en ſa faveur la plus forte préſomption ? Si d'un autre côté, il peut ſe faire auſſi que le débiteur ne ſoit poſſeſſeur de ſon obligation que par fraude ou autrement, ſans en être véritablement déchargé, ce cas eſt beaucoup plus rare ; ainſi c'eſt celui qu'on doit le moins enviſager : *Præſumptio ex eo quod plerumque fit* ; outre que, lorſqu'il s'agit d'interprétation, on doit toujours prendre le côté le plus favorable : *In dubiis ſemper benigniora præferenda ſunt*. Il en ſeroit autrement, s'il y avoit quelques indices ou quelque préſomption fondée de ſa malverſation. L'argument tiré de ce que l'ordonnance veut que les conventions, dont l'objet excede cent livres, ſe prouvent par écrit, n'eſt d'aucune conſidération. L'ordonnance n'a eu en vue que d'exclure la preuve par témoins, & non pas les préſomptions réſultantes des faits avoués par les parties. C'eſt l'avis de M. Potier, Tr. des Oblig. part. 3, ch. 3, art. 1, §. 2.

La diſtinction fondée ſur la qualité de Domeſtique, mérite plus d'égards. La facilité que peuvent avoir ces ſortes de gens de ſe ſaiſir des effets de leurs maîtres, fait tomber toute préſomption en leur faveur. C'eſt à eux, dans de pareils cas, à prendre toutes leurs ſûretés pour écarter les ſoupçons qu'on pourroit avoir de leur fidélité. Il en faut dire autant d'un facteur ou d'un commis. *Idem*, ſi c'étoit un voiſin chez lequel le créancier eût porté ſes effets, dans le cas d'un incendie ; mais la preuve par témoins ſuffiroit, je penſe, en leur faveur, dans cette occaſion : la poſſeſſion où ils ſont de l'obligation, doit ſervir de commencement de preuve par écrit.

cier, lequel on puiſſe ſoupçonner d'avoir eu la facilité de ſouſtraire cette obligation, à cauſe de l'accès qu'il a chez ce créancier, & néanmoins la preuve qu'il n'a pas payé, eſt recevable; mais ſi le créancier offre de prouver que ce n'eſt point lui qui a rendu cette obligation, mais que le débiteur la lui a ſouſtraite, il y eſt recevable, comme s'il articule que ſa maiſon a été pillée; en un mot, c'eſt par la qualité des perſonnes & des circonſtances, qu'il faut ſe déterminer en ces occaſions, ainſi que le décide *Joannes Andræas*, & tous les autres docteurs.

3. Il faut ajoûter que, s'il s'agit d'une obligation ou d'un contrat de conſtitution, leſquels ſe trouvent entre les mains du débiteur, il faut diſtinguer s'il a la premiere groſſe, ou s'il ne rapporte qu'une ſeconde expédition. Si c'eſt la premiere groſſe, la préſomption eſt que le créancier, (qui ſeul la doit avoir en ſes mains,) la lui a rendue, lorſqu'il l'a payé; ſi c'eſt une ſeconde expédition levée par le créancier, avec permiſſion du juge, parce qu'il avoit perdu la premiere, (en ce cas comme elle tient lieu de la premiere groſſe,) la même préſomption ſubſiſte, quand elle ſe trouve entre les mains du débiteur; mais ſi c'eſt une ſeconde expédition en forme, délivrée par le notaire au débiteur, qui l'a levée à ſes dépens à l'inſtant du contrat, ou depuis, ſans appeller le créancier; alors il n'en réſulte aucune préſomption de payement en faveur du débiteur, quand même le créancier ne rapporteroit point la premiere groſſe.

4. En un mot, ſi la raiſon de la loi ceſſe, c'eſt-à-dire, ſi on peut préſumer que ce n'eſt point par le fait du créancier que le débiteur a entre ſes mains cette expédition, la préſomption de payement ceſſe auſſi [*].

Sur quoi il faut obſerver qu'en droit Romain, ce que l'on appelloit *cautio*, étoit à-peu-près ce que nous appellons un *brevet d'obligation*; car il n'en reſtoit point de

[*] Ce qui eſt décidé à l'égard d'un billet, ou d'un brevet d'obligation, ne doit pas s'étendre à la groſſe d'un contrat de conſtitution, ou d'une obligation dont il y a minute. Quoique cette groſſe ſe trouve entre les mains d'un débiteur, il n'en réſulte pas une préſomption ſuffiſante du payement ou de la remiſe de la dette, à moins que d'autres circonſtances ne concourent; car la minute qui demeure chez le notaire, & qui n'eſt pas quittancée, réclame en faveur du créancier, à qui la groſſe a pu être volée, ou qui, ſe fiant à la minute, a pu s'en deſſaiſir, & la confier au débiteur.

minute chez le notaire ; c'eſt pourquoi la loi préſumoit la libération en faveur du débiteur qui la rapportoit, parce que le créancier l'avoit ſeul en ſa poſſeſſion, & qu'en la remettant entre les mains du débiteur, c'étoit comme s'il lui eût donné une quittance, ou comme s'il l'eût déchirée, puiſqu'il s'ôtoit tout moyen par-là d'en pouvoir demander le payement.

5. Il y a encore deux autres préſomptions tacites de payement en droit, dont Boiceau n'a point parlé.

La premiere eſt tirée de la loi 3, *D. de Liberatione legatâ.* Si un créancier en mourant avoit rendu à ſon débiteur l'obligation qu'il avoit de lui, la loi préſumoit qu'il lui en avoit fait un legs. Cette préſomption peut avoir lieu ; & la preuve par témoins en peut être admiſe en pays de droit écrit, où le teſtament noncupatif eſt reçu ; mais en pays coutumier où il n'eſt pas reçu, la preuve ne ſeroit pas admiſſible de ce fait ; car ce ſeroit ouvrir la porte à la ſubornation des témoins : ainſi il faut une preuve par écrit, en ce cas ; ſoit par la déclaration du teſtateur dans un teſtament ſolemnel, ſoit dans un ſimple acte ſous ſeing privé, ou devant notaires, parce qu'une quittance ne requiert point d'autre ſolemnité [*].

6. A l'occaſion de cette loi 3, *de Liber. legat.* M. Cujas remarque que, quand le créancier a rendu ſeulement au débiteur l'acte par lequel il lui a dépoſé entre les mains un gage pour ſûreté de ce qu'il lui doit, il n'eſt pas préſumé pour cela lui avoir remis ſa dette, s'il n'y a eu entr'eux une convention ſpéciale à cet effet, ou s'il ne lui a rendu en même tems l'obligation, & qu'au contraire s'il lui a rendu l'obligation, il eſt préſumé avoir déchargé le gage, parce que le gage n'eſt qu'acceſſoire de l'obligation ; c'eſt la déciſion de la loi 3, *D. de Pactis ;* & dans ce dernier cas, le créancier peut pourtant être reçu à prouver qu'il n'a point rendu l'obligation au débiteur, à deſſein de le libérer, mais par quelqu'autre raiſon, & ſe défendre ainſi de reſtituer le gage. Dans le premier cas, au contraire, il ne ſeroit pas recevable, ce ſemble, à

Poſt pignus vero debitori redditum, ſi pecunia ſoluta non fuerit, debitum poſſe peti, dubium non eſt, niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur.

[**] La donation d'une choſe mobiliaire, comme nous avons déja dit, n'exige d'autre formalité que la tradition : ainſi dès que le débiteur ſe trouve ſaiſi de ſon obligation, il n'a beſoin ni de témoins ni de preuve par écrit pour prouver la donation faite en ſa faveur.

prouver qu'il a rendu l'acte, (par lequel les choſes qu'il lui avoit données pour gage de ſa dette étoient exprimées,) à autre intention que de les décharger, parce qu'il y a lieu de préſumer qu'il a bien voulu ſuivre la ſolvabilité du débiteur. M. Cujas dit pourtant que cette double préſomption, dont il vient d'être ci-deſſus parlé, n'eſt point du nombre de celles que l'on appelle *préſomption de droit, & autoriſée par le droit*, & que la preuve du contraire eſt admiſe, laquelle ſe peut faire par témoins [*].

Sur la loi *Chirographum, D. de Probat.*

7. La ſeconde préſomption de payement tirée du droit Romain, eſt quand la promeſſe ou l'obligation ſe trouvent rayées entre les mains du créancier, laquelle préſomption reçoit auſſi la preuve du contraire, parce qu'elles peuvent avoir été rayées à l'inſçu & malgré le créancier [**]. Il en eſt de même ſi elles ſe trouvent rayées, & en la poſſeſſion du débiteur, ſuivant la loi 22, *C. de ſolutionibus*. Péréſius, néanmoins, l. 4, C. T. 21, dit qu'il faut diſtinguer; car, dit-il, ſi le débiteur allégue qu'il a payé, & qu'il le prouve, parce que l'obligation eſt cancellée & rayée; en ce cas, il doit être écouté, tant que le créancier ne prouve pas le contraire; mais s'il dit qu'il y a eu un pacte de la part du créancier, qui a promis de ne rien lui demander de la dette, & que, pour prouver ce pacte, il allégue que l'obligation eſt cancellée, alors il n'étoit point libéré en

Inductum id, eſt cancellatum nec ne ſit chirographum veſtrum ſi ſolutionem debiti cauſa facti, ei qui exigendi poteſtatem habuit, probas, nihil intereſt. Nec cancellatio nec redditio inſtrumenti facta debitori ſemper operatur liberationem; niſi probet redditum à creditore.

[*] De la définition qui a été donnée de la préſomption de droit, & autoriſée par le droit, il réſulte clairement que ces préſomptions-ci ne ſont pas telles, mais ſeulement des préſomptions de droit; que par conſéquent, on peut admettre la preuve du contraire; & je penſe que, dans le cas où le créancier a rendu l'obligation, ſans avoir remis l'acte par lequel le gage lui a été dépoſé, ce dernier acte peut lui ſervir de commencement de preuve par écrit, qui le faſſe admettre à la preuve teſtimoniale, que ce n'eſt pas à deſſein de libérer ſon débiteur, qu'il lui a rendu l'obligation, parce que cet acte a un trait prochain avec l'obligation, puiſqu'il en eſt la ſûreté, & en quelque ſorte la preuve: ainſi, en le gardant, le créancier peut être préſumé n'avoir pas remis l'obligation. Il en eſt autrement de l'autre cas, & il ne pourroit être reçu à prouver par témoins, qu'en rendant l'acte par lequel les choſes, qui faiſoient le gage de ſa dette, étoient exprimées, il a eu une autre intention que de les décharger; car il a pu vouloir décharger les choſes qui faiſoient le gage de ſa dette, ſans cependant vouloir remettre la dette; & nulle conſéquence du premier au ſecond: ainſi la remiſe de l'acte, qui aſſuroit le gage, n'a aucun trait direct à la remiſe de l'obligation; par conſéquent, elle ne peut ſervir de commencement de preuve par écrit de la remiſe de l'obligation.

[**] Ou même par le créancier, par erreur ou autrement: *Putà*, ſi le créancier produiſoit une lettre par laquelle le débiteur lui écrivoit en ces termes: « Je » vous renvoie le billet de feu mon » pere, que vous m'avez envoyé barré, » comptant ſur la parole que je vous » avois donnée de l'acquitter; je ſuis » au déſeſpoir de ne pouvoir la tenir, y

droit Romain, parce qu'un ſimple pacte n'avoit pas le pouvoir de libérer ; & la preuve par témoins de ce pacte ne ſeroit pas auſſi reçue parmi nous, ſuivant l'ordonnance, parce que ce ſeroit prouver par témoins une convention [*], ou enfin cette obligation rayée ſe trouve entre les mains d'un tiers ; & en ce cas, dit Péréſius, il n'y a nulle préſomption de libération en faveur du débiteur [**].

8. Au reſte, ſi le créancier, pour détruire la préſomption de payement qui réſulte contre lui, en faveur du débiteur qui a entre ſes mains le titre original de ſa dette, allégue que ce titre lui a été ſouſtrait, la preuve par témoins lui en doit être permiſe, parce qu'il ſe plaint, en cela, du dol & de la fraude qui a été commiſe à ſon préjudice, & que l'ordonnance n'a point défendu la preuve de la fraude.

9. Sur la fin de ce chapitre, Boiceau parle d'une autre préſomption tacite, au ſujet de celui qui a acquis des droits ſucceſſifs, contre lequel un créancier de la ſucceſſion a intenté action, & lequel s'eſt défendu de ſon chef, ſans la dénoncer à l'héritier ; d'où la loi infere qu'il s'eſt ſoumis de payer cette dette. La loi 2, *de Pactis*, qui eſt dans l'eſpece d'un frere qui avoit acheté de ſa ſœur la part qu'elle avoit dans une ſucceſſion qui leur étoit échue en commun, décide que ce frere ſera tenu d'acquitter le fiſc qui en étoit créancier ; & la preuve par témoins n'auroit pu avoir lieu en cette rencontre, pour faire voir que cet acquéreur avoit défendu de ſon chef contre ce créancier : cela ſe devoit juſtifier par les défenſes qu'il avoit fournies

[*] La preuve n'eſt pas néceſſaire en ce cas, en faveur du débiteur. La poſſeſſion du billet doit faire préſumer, comme nous avons dit ci-deſſus, qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme remis, ou comme acquitté.

[**] Voici un arrêt qui a jugé le contraire de ce que dit ici Péréſius.

Deux mois après le décès de Marie Duboſt, la veuve Duboſt, ſa mere & ſon héritiere, dépoſa chez un notaire de Paris la minute d'une obligation de 8000 livres, faite au profit de cette fille, par un ſieur Dande, orfévre ; l'obligation dépoſée avoit été déchirée, & les morceaux étoient recollés ; ils paroiſſoient même avoir été chiffonnés. La veuve Duboſt ſe fit enſuite délivrer une groſſe de l'obligation recollée ; & en conſéquence, elle pourſuivit Dande. Celui-ci appella des pourſuites exercées contre lui ; ſoutint que l'obligation avoit été acquittée, & que, lors du payement fait à Marie Duboſt, elle l'avoit elle-même déchirée & jettée avec des papiers de rebut, après l'avoir chiffonnée. Par arrêt rendu ſur délibéré, au rapport de M. Paſquier, le 6 Août 1759, l'obligation fut déclarée nulle & acquittée, en affirmant par le ſieur Dande qu'il avoit payé le montant.

contre lui, ou par quelqu'autre acte par écrit de la procédure [*].

Il ne reste plus qu'à examiner quelques autres cas dans lesquels, suivant nos mœurs, la présomption de payement a lieu, dont Boiceau n'a point parlé.

10. L'Ordonnance de 1512 établit une présomption de payement des arrérages des rentes constituées après cinq ans, laquelle présomption est une véritable fin de non-recevoir, parce que cette Ordonnance présume que les arrérages qui sont échus auparavant, ont été payés; & contre cette fin de non-recevoir, la preuve par témoins ne doit pas être admise, même quand il ne s'agiroit pas de la somme de cent livres, parce que cette Ordonance est générale & sans exception, pour quelque somme que ce soit

11. C'est encore une présomption de payement reçue dans l'usage, que celui qui rapporte quittance des arrérages de la derniere année de la rente qu'il doit, est censé avoir payé les années précédentes, quand cette quittance ne porte point de réserve, ou qu'elle n'est point donnée à compte. [**]. Il en est de même à l'égard d'une quit-

[*] Cette question ne pourroit guères avoir lieu dans notre jurisprudence, où ceux qui vendent des droits successifs, sont seulement obligés de garantir qu'ils sont héritiers pour la part qu'ils disent l'être; qu'ils n'ont point antérieurement cédé leurs droits, & qu'il n'y a pas de testament qui les prive du droit que leur donne la qualité d'héritiers. Ils ne sont tenus d'aucune autre, si elle n'est expressément stipulée.

[**] Cette décision est fondée sur ce qu'étant ordinaire d'exiger les anciennes dettes avant les nouvelles, les payemens des nouveaux arrérages doivent faire présumer le payement des anciens. Elle est aussi fondée sur ce qu'on doit subvenir aux débiteurs, & ne les pas obliger à garder trop long-tems des quittances, & en trop grand nombre, de peur qu'ils n'en égarent quelqu'une. *Peref. ad Tit. l.* 3, *Cod.*

Cependant il me semble que l'opinion de Danty, en faveur d'une seule quittance, est un peu trop hazardée, & peut être sujette à des inconvéniens; car il est facile à un débiteur de corrompre la date d'une seule quittance, comme je l'ai vu arriver, & de substituer la derniere année à une antérieure, sur-tout si cette date est en chiffres, & qu'il y ait quelque rapport d'un chiffre à l'autre. Il peut encore se faire que le créancier ait donné quittance de la derniere année par erreur, & faute d'avoir fait réflexion qu'il lui est dû des arrérages précédens; inconvéniens que l'on ne peut guères supposer à l'égard de plusieurs quittances: c'est pourquoi je pense qu'il faudroit suivre à ce sujet la disposition de la loi 3, *Cod. de Apoch. publ.* qui exigeoit les quittances de trois années consécutives de tribut, pour présumer le payement des années précédentes. Quoique cette loi n'ait été faite que pour les tributs, sa décision doit être étendue aux arrérages des rentes, soit foncieres, soit constituées, aux loyers, aux fermes, & autres semblables dettes annuelles: *Nam ubi eadem ratio, idem jus statuendum est.*

Cette présomption de payement n'a

tance du dernier terme du loyer d'une maiſon, & autres cas ſemblables ; & la preuve par témoins du contraire n'eſt pas recevable, d'autant qu'en ce cas la quittance eſt une preuve par écrit, à laquelle la loi veut qu'on ajoûte foi : quoiqu'elle ne renferme qu'une préſomption tacite du payement, & quoiqu'elle ne ſoit pas du nombre des préſomptions de Droit, & autoriſées par le Droit, il faut du moins une preuve par écrit pour la détruire, parce que c'eſt une reconnoiſſance par écrit du créancier, lequel, en ne faiſant point de réſerve, demeure d'accord tacitement qu'il ne lui eſt rien dû davantage.

On demande ſur ce ſujet, ſi un débiteur a reconnu dans une lettre, ou par quelqu'autre acte par écrit, devoir trois années d'une rente à ſon créancier, & qu'il en ſoit encore échu trois années depuis cette reconnoiſſance par écrit, ce créancier pourra-t-il demander ſix années de cette rente ? Et il eſt certain qu'il le peut, parce que la preſcription des cinq années de l'Ordonnance ne court que du jour que la preuve par écrit du payement des

lieu que lorſque les arrérages ou fermes des années précédentes, ſont dûs à la même perſonne qui a donné les quittances des trois dernieres, & par les mêmes perſonnes à qui on les a données.

Mais il ne doit pas y avoir lieu à la préſomption de payement, & à la fin de non-recevoir, toutes les fois que le créancier peut juſtifier de quelque raiſon pour laquelle il a reçu les nouvelles fermes avant les anciennes. Par exemple, lorſque des fabriciens ont donné au fermier d'une métairie d'une fabrique trois quittances de trois années de fermes, échues pendant le tems de leur exercice, il n'y a pas de fin de non-recevoir pour les précédentes, parce qu'ils avoient intérêt de faire payer les fermes échues du tems de leur exercice, plutôt que les fermes courues du tems des précédens fabriciens, qu'ils peuvent obliger de s'en charger en recette envers la fabrique, lorſqu'ils rendront leurs comptes.

Si le créancier ne peut alléguer aucune raiſon probable, pour laquelle il a reçu les anciens arrérages avant les nouveaux, il ne lui reſte d'autre voie que celle de déférer au débiteur le ſerment déciſoire, s'il eſt vrai qu'il ait payé les anciens.

Une quittance de trois années conſécutives, payées par un ſeul payement, ne paroît pas devoir avoir le même effet. La loi dit : *Si trium cohærentium annorum apochas protulerit ;* c'eſt de la multiplicité des payemens que réſulte la force de la préſomption. Tel eſt l'avis de Brunneman, *ad D. l.* 3, *Cod. de Apoch.*

L'ordonnance de 1629 a établi une autre fin de non-recevoir. Elle porte, art. 142, que les loyers des maiſons, & les fermes, ne pourront être demandés après cinq ans, depuis l'expiration des baux. Quoique cette ordonnance n'ait pas été enregiſtrée, néanmoins une diſpoſition ſi ſage & ſi raiſonnable paroit devoir être ſuivie ; & il n'eſt pas juſte d'aſſujettir des fermiers & locataires à garder des quittances trente ans après l'expiration de leur bail.

Il eſt encore d'uſage au châtelet de Paris, que le locataire, qui a délogé au vu & ſçu du propriétaire, ſoit cru du payement de ſes loyers, ſur ſon affirmation, auſſi-tôt après qu'il eſt ſorti.

arrérages vient à lui manquer : or, en ce cas, il a une preuve par écrit, que les trois premieres années échues lui ſont dûes, ainſi cette preuve par écrit fait ceſſer la fin de non-recevoir de l'ordonnance.

12. Il faut ajoûter à ce qui vient d'être dit une queſtion qui fait beaucoup de difficulté, & qui ſe préſente ſouvent entre ceux qui ont pluſieurs affaires enſemble. La loi *Procula, D. de Probat. l.* 22, eſt dans cette eſpece. Une ſœur envers laquelle ſon frere étoit chargé de reſtituer un *fidéicommis* d'une valeur conſidérable, avoit payé, durant ſa vie, à ce frere pluſieurs ſommes qu'elle lui devoit, ſans lui rien demander de ce *fidéi-commis* qu'il étoit chargé de lui rendre. Après la mort de ce frere, elle ſe trouva être ſa débitrice ; & elle prétendit compenſer ce qui lui étoit dû par lui pour raiſon de ce *fidéi-commis*, avec ce qu'elle lui devoit. L'empereur Commode, qui connut de ce différend, décida qu'elle ne pouvoit alléguer cette compenſation, parce qu'elle ne lui en avoit point demandé la reſtitution pendant ſa vie, & parce qu'elle avoit ſouvent compté avec lui, & qu'elle lui avoit payé pluſieurs ſommes, ſans faire cette réſerve.

Obſervare vos oportet neceſſariò has omnes circumſtantias, crebras ſolutiones, crebras pariationes, crebrò omiſſam compenſationem fidei-commiſſi, fidei-commiſſum magnæ quantitatis & rationes geſtas inter fratrem extrà has circumſtantias, non eſſe huic decreto locum.

13. M. Cujas, ſur cette loi, *quæſt.* 20, *Papini*, dit que cette déciſion n'auroit point lieu en d'autres cas, qui ne ſeroient point accompagnés des circonſtances que la loi a marquées, dont les principales ſont que le *fidéi-commis* étoit d'un prix conſidérable ; que cette ſœur avoit eu pluſieurs affaires avec ſon frere, avoit compté avec lui ; lui avoit payé pluſieurs ſommes, & avoit toujours obmis de lui alléguer cette compenſation, ce qui marquoit qu'elle l'avoit tacitement déchargé de la reſtitution de ce *fidéi-commis*.

Bartole, ſur cette loi, demande trois circonſtances ſeulement, pour induire la préſomption de la décharge de la dette, 1° la proximité [*] des perſonnes ; 2° le ſilence du créancier qui a paſſé un long eſpace de tems, ſans deman-

[*] Ou une amitié très-étroite. De la réunion de ces trois circonſtances il réſulte une préſomption de droit de libération en faveur du débiteur ; mais la preuve par témoins peut-elle être admiſe contre cette préſomption ? Il ſemble qu'elle ne peut être invoquée par le créancier qui a pu s'en procurer une par écrit, en faiſant une réſerve de ce qui lui étoit dû, dans les comptes qu'il a eu avec ſon débiteur.

der

der sa dette ; 3° les comptes qu'il a faits avec son débiteur, à plusieurs fois : *Consanguinitatem & conjunctionem personarum, longi temporis taciturnitatem & rationes sæpiùs habitas. Et ratio est quià semèl tantùm muliere agente de dote, compensationem omisit, qui etsi eam per errorem omiserit, eo nomine agere potest condictione quasi indebitâ dote solutâ.*

14. C'est pourquoi M. Cujas ajoûte au même endroit, qu'on ne doit opposer la loi *Si cùm dos, D. rerum amot.* qui décide que si le mari, après le divorce, a rendu la dot à sa femme, & n'a point protesté de se pourvoir, pour raison des recelés par elle commis, il ne laisse pas de pouvoir intenter cette action, & de répéter la dot par lui payée, *actione indebiti ;* parce que, dit M. Cujas, ce n'est que cette seule fois qu'il a obmis d'opposer à sa femme la compensation des recelés dont il l'accusoit, avec la dot qu'il lui avoit rendue.

15. La loi *Libertis, D. de Alimentis legatis*, qu'on oppose encore, ne détruit point cette maxime ; car, quoique des affranchis à qui on a laissé un *fidéicommis*, n'aient point répété ce *fidéicommis* de l'héritier du testateur, ni de l'héritier de cet héritier, leur action n'est pas pour cela prescrite, parce que cette action, comme dit M. Cujas, est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle ne s'éteint que par trente ans.

16. Dans la loi *Lucio Titio, D. de Oblig. & Actionibus ;* il étoit dû à Titius par Seïus une somme en vertu d'une sentence ; depuis, Titius avoit encore prêté de l'argent à Seïus, & dans la promesse que Seïus lui avoit faite pour cet argent, il n'avoit point fait mention qu'il lui dût l'autre somme en vertu de la sentence ; il ne s'ensuivoit pas delà que Seïus ne dût encore cette premiere somme à Titius, suivant le sentiment de M. Cujas, qu'il confirme par la loi derniere, *D. de Probat.* qui dit que, quoique dans une obligation il soit énoncé que le débiteur doit au créancier une autre somme que celle pour raison de laquelle est conçue l'obligation, cette énonciation ne tient point lieu d'une obligation, au profit du créancier, d'où M. Cujas conclut *à pari*, que l'obmission, faite par le débiteur dans une obligation d'une autre somme qu'il doit, ne peut pas aussi nuire au créancier, à quoi il ajoûte que, du texte de

la loi *Procula*, ci-deſſus citée, il réſulte ſeulement une préſomption & non pas une preuve, & qu'ainſi, contre cette préſomption, la preuve doit être admiſe ; que, par conſéquent, cette ſœur, dont il eſt parlé dans cette loi, devoit être admiſe à prouver que ſi elle avoit payé à ſon frere ce qu'elle lui devoit, ce n'avoit point été a deſſein de le décharger de la reſtitution du *fidéi commis* fait à ſon profit, mais qu'elle l'avoit payé entiérement pour lui marquer la pleine confiance qu'elle avoit qu'il lui feroit juſtice [*] : auſſi la loi *Generaliter*, §. *Si petitum*, *D. de fidéi-commiſſ. Libert.* finit en diſant que, quand il y a préſomption que le teſtateur a donné la liberté des eſclaves, c'eſt à l'héritier à prouver le contraire.

Plena fidei exhibendæ gratiâ.

17. Quant à la loi derniere, *D. Quod velut cauſa*, (elle ne préſume pas qu'on ait fait paſſer dans une ville une obligation par force à un homme revêtu d'une dignité conſidérable, parce qu'il a pu ſe plaindre, & avoir recours à l'autorité du magiſtrat qui auroit prévenu cette violence ;) & elle ajoûte néanmoins que contre cette préſomption, le débiteur peut articuler des preuves de la violence qui lui a été faite, pourvu qu'elles ſoient manifeſtes.

18. De tout cela on peut conclure que la preuve par témoins [**] peut être admiſe quand deux perſonnes, qui ont des comptes à ſe demander réciproquement l'un à l'autre, ont été long-tems ſans le faire ; la préſomption tacite qui réſulte de leur ſilence, & qui fait croire qu'ils ſe ſont tenus quittes l'un l'autre, n'eſt, après tout, qu'une legere préſomption ; & ce qui dépend de la volonté eſt trop difficile à pénétrer pour en juger ſur de ſimples apparences : il eſt bien plus naturel de préſumer que ces perſon-

[*] Ainſi le défaut de réſerve d'une dette, dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point ſeul une préſomption de la remiſe de la dette, dont il n'a pas fait de réſerve.

[**] Ce n'eſt pas ſur les objets du compte que la preuve teſtimoniale peut être admiſe ; car, ſelon les principes établis par l'ordonnance, il en devoit être paſſé des actes par écrit. Ce n'eſt pas non plus ſur le fait qu'il y a un compte à faire. Ce fait ne peut ſe prouver que par les différens objets du compte, qui, comme nous venons de dire, ont dû être paſſés par écrit. Ce ne peut être que ſur le fait que ces deux perſonnes qui ne ſe ſont pas demandé compte, ont été dans l'intention de ſe tenir quittes l'un l'autre. Non-ſeulement on peut dire avec Danty, qu'il ne réſulte de leur ſilence qu'une legere préſomption, mais même qu'il n'en réſulte aucune.

ſes auroient enfin compté enſemble, & ſe ſeroient fait raiſon l'un à l'autre de ce qu'ils ſe devoient; celui qui ſe trouve reliquataire doit donc prouver par écrit que l'autre a eu intention de lui remettre ce reliqua, ſuivant la maxime, que nul n'eſt préſumé donner ce qui lui appartient. §. 3. *De Regul. Juris.*

19. M. Cujas, au même endroit, explique la régle de droit : *Cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſultò dati donatio eſt;* c'eſt-à-dire que quand on donne par erreur une ſomme à quelqu'un, laquelle on ne lui doit pas, la répétition a lieu; mais quand on la lui donne, de deſſein prémédité, c'eſt une véritable donation qu'on lui fait; il conclut que, ſuivant ces termes abſolus de la loi *Donatio eſt*, la preuve du contraire ne doit pas être admiſe contre cette déciſion expreſſe.

20. Bronchorſt, ſur cette même régle, fait une réflexion fort judicieuſe, quand il dit que dans ces ſortes de rencontres, on ne préſume qu'il y a donation, que quand celui qui paye, & celui qui reçoit, ſont perſuadés qu'il n'eſt rien dû, & qu'ainſi ce n'eſt pas une dette qu'acquitte celui qui donne; parce que, dit-il, pour faire une donation, il faut le conſentement de deux perſonnes, dont l'une ait deſſein de donner, & l'autre de recevoir. De plus, il faut prendre garde, dit-il, que la donation n'eſt point préſumée, lorſqu'il y a préſomption que celui qui a compté la ſomme, a pu avoir un autre deſſein que celui d'en faire une donation à celui qui l'a reçue, parce que dans ce doute, nul n'eſt préſumé donner ſon bien : ainſi celui qui croit devoir une ſomme principale, & qui dans cette erreur en paye les intérêts, n'eſt pas préſumé en avoir voulu faire une donation au créancier; mais il eſt préſumé les lui avoir payés, parce qu'il a cru devoir le principal, & afin d'arrêter ſes pourſuites.

21. Il y a encore une autre préſomption de payement dont il eſt parlé dans la loi *Quicumque, Cod. de Apochis publicis, T. 22, l. 10*, laquelle préſume que celui qui rapporte trois quittances de trois années conſécutives des droits publics, a payé les précédentes, s'il n'y a preuve évidente du contraire. Péréſius, ſur cette loi, dit qu'elle rejette la preuve ſur le fermier public, & que celui qui rapporte les trois quittances, n'eſt pas tenu de jurer qu'il a payé

les années précédentes, laquelle préſomption a lieu auſſi, ajoûte-t-il, à l'égard de ceux qui doivent des arrérages de penſions ; & cette préſomption, continue-t-il, eſt fondée non-ſeulement ſur la loi, mais ſur la coutume générale des créanciers, qui ſe font d'ordinaire payer des anciennes dettes, avant d'exiger les plus récentes, & parce qu'un créancier prudent & aviſé ne laiſſe pas écouler tant de tems, ſans ſe faire payer, à cauſe des changemens qui peuvent ſurvenir dans la fortune de ſon débiteur. Charondas, dans ſes Obſervations mémorables *in verbo*, PREUVE, après avoir dit que celui qui a quittance des trois dernieres années de cens, eſt préſumé avoir payé les précédentes, demande ſi, depuis les trois ans, le débiteur a été quatre ou cinq ans ſans payer, cette préſomption qu'il a payé les années qui ont précédé la quittance des trois années, ſubſiſte encore, *quia præſumptio alia, aliam tollit* ; néanmoins, dit Charondas, cette raiſon n'eſt pas conſidérable, parce que cette préſomption étant un droit acquis au débiteur, ne peut lui être ôtée par le fait & la négligence du créancier à ſe faire payer des années ſuivantes ; & il cite un arrêt du 4 Mars 1559, dans un procès où il avoit écrit, qui le jugea ainſi.

Voyez Deſpeiſſes, Traité des tailles, Sect. 2, n. 24.

22. Le même Péréſius étend la maxime dont il vient d'être parlé, à l'emphyteutaire, dont il ſera parlé dans le Chapitre ſuivant ; car, dit-il, s'il a quittance de la derniere année, il eſt préſumé avoir payé les années précédentes : il en eſt de même de celui qui rapporte trois quittances des trois dernieres années des cenſives qu'il doit ; ce qui n'a lieu, dit-il, que quand les payemens ont été faits ſéparément pour chacune des trois années. Autre choſe ſeroit, s'il n'y avoit qu'une ſeule quittance pour les trois années, ou que les trois années ne ſoient pas entiérement payées, ou que ce ne ſoit pas pour les trois dernieres années conſécutives ; néanmoins il eſt certain que c'eſt la même choſe, ſi les trois années de cenſives ont été payées en différens tems, ou par la même quittance, ſuivant ce qui vient d'être dit [*], & dans tous les cas ci-deſſus, la preuve par témoins ne ſeroit pas admiſſible, par les raiſons expliquées au ſujet des arrérages des rentes conſti-

[*] Nous avons ſoutenu le contraire ci-deſſus, à la note du p° 11.

tuées, & des quittances ſans réſerve, que je ne répéterai point.

23. Il faut obſerver en paſſant que celui qui doit à un autre pluſieurs ſommes pour cauſes différentes, s'il lui en paye quelques-unes, ſans expliquer ſur quelle dette il paye, ni ſur quelle année de celles qui ſont échues, dans ce doute, on préſume qu'il a voulu payer la plus ancienne dette [*].

24. Enfin, pour terminer ce Chapitre, il ſuffit de dire, en général, que quand ces préſomptions de payement ne ſont pas de droit, & autoriſées par le droit; la preuve du contraire en eſt recevable par témoins, parce qu'il ne s'agit pas, en cela, de revenir contre une convention écrite, mais de détruire une ſimple préſomption de droit, ou tout au plus une convention tacite, dont l'ordonnance n'a point parlé nommément, mais ſeulement de celles qui ſont expreſſes. Il faut dire la même choſe, s'il s'agit de la préſomption du payement d'une ſomme au-deſſous de cent livres; mais quand ces ſortes de préſomptions ſont fondées ſur des quittances ou autres reconnoiſſances par écrit, il faut, comme il a été dit, d'autres preuves par écrit pour les détruire, celle par témoins n'eſt pas recevable.

25. Par le ſtatut de la ville de Bologne-la-Graſſe, en Italie, il eſt porté, entr'autres choſes, que quand il y a une obligation paſſée en forme, ou une promeſſe par écrit au profit d'un créancier qui excede la valeur de cinquante livres, monnoie du pays, la preuve du payement de cette obligation, ou promeſſe, ne peut être prouvée par témoins, de la part du débiteur; & il ne peut auſſi demander à faire la preuve que cette obligation, ou promeſſe a été cancellée par le créancier, à l'effet d'en induire de-là une décharge en ſa faveur.

26. Annibal Monterentius qui a commenté les ſtatuts

[*] L'imputation doit ſe faire ſur la dette que le débiteur avoit le plus intérêt d'acquitter, par exemple, ſur celle qui emportoit contrainte par corps, plutôt que ſur celle qui étoit purement civile, &c; & ce n'eſt que lorſque les dettes étoient d'égale nature, & que le débiteur n'avoit pas intérêt d'acquitter l'une plutôt que l'autre, que l'imputation doit ſe faire ſur la plus ancienne. *Si nulla cauſa prægravet, in antiquiorem*, L. 5, ff. *de Solut.*

de la ville de Bologne ſur le mot *cancellatum*, obſerve que les docteurs ſur la loi *Labeo*, ne font preſque aucune différence entre le cas auquel le créancier a rendu l'obligation au débiteur, (telle qu'elle étoit lorſqu'elle a été paſſée entr'eux, & en ſon entier,) & le cas auquel il l'a rendue cancellée : *Quia volunt*, dit-il, *quòd redditio inſtrumenti ſit actus qui operetur, modò redditio probetur ad idem.* Il ſuffit, diſent les docteurs, que le débiteur prouve que le créancier lui a rendu cette obligation à deſſein de le décharger du payement, ſoit qu'elle ſoit cancellée ou non ; & Balde, ſur la loi *Vacuatis, Cod. Decur. l.* 10, dit que lors même qu'il eſt défendu par un ſtatut de prouver qu'une dette a été acquittée autrement que par une quittance authentique, & par écrit, le débiteur qui rapporte l'obligation cancellée, eſt cenſé prouver le payement par un acte public, c'eſt-à-dire par l'obligation cancellée ; & ce n'eſt pas le débiteur, en ce cas, qui, à proprement parler, fait cette preuve ; c'eſt la loi qui préſume ſa décharge, & qui décide pour la libération.

Le même Monterentius, ſur le mot CANCELLAVERIT, *ibid.* obſerve que ſi l'obligation cancellée ſe trouve entre les mains du débiteur, & qu'il ſoit conſtant qu'elle lui a été rendue par le créancier, mais qu'il ſoit en conteſtation de ſçavoir ſi c'eſt le débiteur ou le créancier qui l'ont cancellée ; cette différence de fait n'eſt d'aucune conſéquence ; d'où il conclut que, quand le Statut de Bologne défend de prouver par témoins que l'obligation a été cancellée, il n'a entendu parler que dans le cas auquel l'obligation cancellée ſe trouve entre les mains du créancier, ou dans celui auquel, n'étant point repréſentée, le débiteur ſoutient néanmoins qu'elle a été cancellée par le créancier ; car dans ces deux eſpeces le débiteur ne ſeroit pas recevable à prouver de tels faits par témoins. Ainſi, même à Bologne, le débiteur eſt préſumé quitte, quand il rapporte le titre de la dette, & qu'il juſtifie que c'eſt le créancier qui le lui a rendu, à deſſein de le libérer ; & il n'eſt pas néceſſaire que ce titre ait été cancellé, ce qui eſt auſſi conforme à nos mœurs.

Le Statut de Bologne ajoûte une exception à l'égard des

uſuriers; mais cette queſtion touchant l'uſure, ſera examinée à la fin de ce Traité.

27. Le Statut de Milan, ch. 95, quand une quittance eſt paſſée par un acte public & ſolemnel, défend d'en prouver le payement par témoins, ſinon au nombre de trois; & ſi l'obligation n'eſt pas paſſée publiquement, & qu'elle ſe trouve entre les mains du débiteur, le ſtatut porte qu'elle eſt cenſée être acquittée, en faiſant ſerment par le débiteur, ou le fidéjuſſeur, ſi c'eſt lui qui la rapporte, qu'ils l'ont payé; & ſi c'eſt l'héritier du débiteur à titre ſingulier qui l'a entre ſes mains, il ſuffit qu'il jure qu'il croit qu'elle a été acquittée par le débiteur. Carpanus, ſur ces mots, *Sit penès debitorem*, obſerve que ſi cette obligation ou promeſſe, eſt trouvée entre les mains d'un tiers qui n'eſt pas le débiteur, cette préſomption ceſſe, & cite Maſuer, *in Actione hypothecariâ;* & ſur ces mots, *Præſumitur debitum eſſe ſolutum*, il ajoûte que cette préſomption eſt fondée ſur le droit commun, pourvu néanmoins, dit-il, que le débiteur allegue ſeulement qu'il a payé, & non pas que le créancier lui a promis de ne lui rien demander de cette promeſſe, ſuivant le ſentiment de Balde, *l. unic. §. Ille autem nu.* 1, *C. de Latinâ lib. toll.* car, en ce cas, c'eſt une convention qu'il allegue, laquelle en ce pays, & ſuivant nos mœurs ſe doit prouver par écrit, ainſi qu'il a été obſervé.

28. Carpanus ajoûte que cette préſomption de payement a lieu, ſur-tout quand cette obligation ſe trouve entre les mains du débiteur, & qu'il paroît par un autre acte qui a ſuivi, que le payement a été fait, ou qu'il y a quelqu'autre circonſtance qui puiſſe faire préſumer ce payement, pourvu néanmoins, dit-il, que cet acte n'ait pas été fait par le créancier pour innover la dette; mais, dit-il, la preuve, au contraire, ſera permiſe, ſuivant la loi *Si chirographum de Prob.* qui demande, en ce cas, une preuve manifeſte du payement: or ce ſera une preuve légitime du contraire, ajoûte-t-il, ſi le créancier vérifie que cette obligation a été ſouſtraite d'entre ſes mains, ſuivant la loi *Si de Probatione*, *C. de Probat.* & la loi *Si Labeo*, *ff. de Pactis;* & on préſume que c'eſt ce débiteur qui l'a ſouſ-

Quiâ reperto inſtrumento illo principali penès debitorem, & eo jurante, nihil caveatur; ſed præſumitur facta ſolutio contentorum in utroque inſtrumento, relato & referente; & conſequenter tollitur omnis obligatio, tàm virtute primi quàm ſecundi inſtrumenti à primo dependentis, cui ſecundum videtur accumulatum, non ad ejus extinctionem vel novationem & quiâ creditor non poterat habere executionem ſecundi inſtrumen-

C. finè exhibitione primi. Il cite Albéric, *in authent. Si quis in aliquo, C. de Edend.*

traite, ſi ce débiteur eſt ami familier du créancier, ſon procureur ou ſon avocat, comme obſerve Balde, *loco citato*, & Maſuer, *in praxi.*

29. Carpanus obſerve encore que cette préſomption de payement ceſſe dans le cas de la dot, quand le titre de la conſtitution ſe trouve entre les mains de celui qui l'a promiſe, & qui en eſt le débiteur; ce qui eſt décidé par le chapitre 335 & 338 du Statut de Milan. Enfin, dit il, pour prévenir par le créancier cette préſomption de payement, il eſt d'uſage que du conſentement des contractans, on oppoſe dans l'obligation que le notaire en pourra délivrer pluſieurs èxpéditions à qui il appartiendra, & que le débiteur ne pourra alléguer cette préſomption de payement en ſa faveur, quoiqu'il rapporte même l'obligation en original.

CHAPITRE XIV.

Des Conventions tacites, qui concernent le bail à loyer.

SOMMAIRE.

1. *S'il faut prouver par écrit un bail.*
2. *Si, quand le bail eſt verbal, le propriétaire doit prouver la jouiſſance du locataire, & conclure à l'eſtimation de cette jouiſſance.*
3. *Eſpece jugée au préſidial de Poitiers, dans le cas d'une reconduction verbale d'une maiſon affermée cinquante livres par an.*
4. *Raiſon pour faire admettre la preuve.*
5. *Jugé qu'elle n'étoit pas recevable; & pourquoi?*
6. *Juſtinien a concilié l'antinomie qui paroiſſoit être entre les loix à ce ſujet, par la loi* Sancimus, C. de Donationibus.
7. *Du bail emphyteutique, & du bail à cens ou rente.*
8. *Si la preuve par témoins eſt admiſe, quand il s'agit de la preſtation*

prestation annuelle, pendant dix ans, d'une rente fonciere, redevance, ou canon emphyteutique.

5. Décision en faveur de la preuve par témoins.

1. L'OBLIGATION, qui affecte tout ce que le locataire apporte dans la maison qu'il loue, est mise au rang des obligations tacites, & il en est fait souvent mention en droit. Si donc le locataire nie que les meubles qu'il y a apportés, soient obligés à ce bail, il faut que le propriétaire rapporte un bail par écrit, si le loyer excede cent livres; car, en justifiant qu'il y a un bail, il s'ensuit nécessairement que les meubles du locataire y sont tacitement hypothéqués, l'un étant une conséquence nécessaire de l'autre.

2. Neanmoins, si, par négligence, ou par trop de confiance & de facilité, le propriétaire a loué sa maison, & n'a point fait de bail par écrit, en ce cas, il ne faut pas qu'il agisse contre le locataire qui occupe sa maison, & qui dénie, de mauvaise foi, de l'avoir louée, comme s'il y avoit eu un bail verbal; mais il doit plutôt intenter contre lui l'action qui s'appelle en droit *in factum*, par laquelle il conclura à ce qu'il soit tenu, en qualité de détenteur, & d'injuste usurpateur, de lui rendre les fruits par lui perçus de l'héritage en question, ou les loyers de la maison, suivant l'estimation qui en sera faite; car en faisant cette demande, ce ne sera pas prouver par témoins un

---

1. OBLIGATIO tacita de invectis & illatis in domum conductam, etiam inter tacita pacta enumeratur: de quâ tacitâ obligatione pactum apud jurisconsultos sit mentio. *a* Si igitur mobilia, invecta & illata negentur esse in gratiam conductionis, conductio scriptis probari debet, si libras centum excedat, nam probatâ locatione, censetur probata tacita obligatio, cùm dato uno aliud sequatur, quod est consequens. *b*

a In l. Item quia, ff. de Pact. l. ult. C. in quibus caus. pign. tacit.

b L. Cui jurisd. tio, ff. de Jurisd. omn. Judic. l. Ad rem mobilem, ff. de Procur.

2. In isto tamen contractu locationis & conductionis, cujus per incuriam, aut contrahentium mutuam fiduciam, omissa fuerit scriptura, bona erit cautio, pro ipso domino, rem suam locante, ut contrà suum conductorem, malâ fide locationem denegantem, non agat, scilicèt, ex contractu locationis, sed potiùs quâdam actione in factum experiatur contrà hujusmodi occupatorem & detentorem, ad hoc scilicet ut fructus captos & indebitè collectos restituat, vel pre-

Cautela pro denegatâ locationis probatione.

bail conventionnel, ce qui ne seroit pas permis, ce sera uniquement prouver l'injuste détention du fermier ou du locataire, en conséquence de laquelle ce fermier ou ce locataire sont tenus, en vertu d'un quasi-contrat ou quasi-délit, parce que personne ne peut s'approprier les fruits d'une chose qui ne lui appartient pas ; c'est pourquoi, s'ils dénient cette détention du fonds, ou d'avoir habité dans cette maison, ou d'être en possession de quelqu'autre chose, dont on demande la restitution ; tout cela pourra être prouvé par témoins, nonobstant l'ordonnance de Moulins, parce qu'il ne s'agit pas de prouver une convention, mais un fait ; c'est pourquoi, comme il est permis d'intenter action contre un usurpateur pour lui faire rendre la chose qu'il a usurpée, la loi seroit inique, si elle empêchoit de prouver autrement que par écrit, une usurpation injuste, qui est un dol, lequel renferme une espece de délit.

3. Mais il y a une autre question qui s'est depuis peu présentée dans notre présidial, dont voici l'espece : Titius avoit pris à bail, pour trois ans, la maison de Caïus, moyennant cinquante livres par chacun an. Après le tems du bail expiré, Caïus voulut rentrer dans sa maison : Ti-

---

tium habitationis per eum factæ in domo ipsius domini, solvat, ex communi æstimatione, quâ domus vel prædium locari potuerat, vel secundùm communem fructuum æstimationem : nam petitio hoc modo facta contractum non respiciet, qui testium probationem non admitteret, sed nudam tantùm & injustam occupationem, quæ occupantem ex quasi-contractu, vel quasi-delicto, obligasse videtur : cùm rei alienæ mala fide detentæ, fructus suos facere non potuerit. *a* Ideòque si denegetur detentio, occupatio, vel habitatio domûs, fundi, aut rei alterius, cujus restitutio postulatur, testibus hæc omnia probari poterunt, non obstante hâc Molinæâ constitutione, cum de re inter partes conventâ non agatur, sed magis de facto extrà conventionem partium contingente. Itaque, cùm adversùs quemcunque usurpatorem pro re usurpatâ experiri liceat, *b* ut restituatur : indignum & iniquum esset, si usurpationem, contractationem, injustamque de facto prehensionem, nonnisi scriptis probare liceret, cùm hæc omnia dolii vel delicti speciem referant.

a L. Mala fidei, Cod. de præscript. 10, vel 20, ann.

b L. Officium, ff. de rei vindicat.

3. Sed alia subest quæstio, nuper in nostro præsidiali senatulo disceptata, ut ecce : Titius conduxerat domum, scriptis, à Caïo, ad tres annos, pro libris quinquaginta, quolibet anno solvendis. Emenso locationis tempore, Caïus volebat repetere domum à Titio : Titius verò

tius ſoutenoit qu'il lui en avoit fait verbalement un nouveau bail pour trois autres années, au même prix ; ce que Caïus dénioit.

4. Titius demandoit à en faire preuve par témoins, parce que, diſoit-il, il ne s'agiſſoit que de cinquante livres par chacun an, & qu'ainſi c'étoit trois différentes obligations, & trois chefs différens de demande de cinquante livres chacun, qui doivent être conſidérés ſéparément, & non pas conjointement, ainſi que la loi l'a décidé à l'égard des juges, quand elle a fixé juſqu'à quelle ſomme ils peuvent juger entre les parties. De plus, dans les legs annuels, ou payables par portions égales d'année en année, ce que la loi exprime par ces mots, *annuâ*, *bimâ*, *trimâ die*, c'eſt-à-dire, par une, deux, ou trois années ; on ne doit regarder que la premiere année, pour évaluer le legs. Il en eſt de même des ſtipulations de payer dans un, deux, ou trois ans, ou de payer pluſieurs choſes de différentes eſpeces ; car il y a autant de ſtipulations qu'il y a d'années marquées, ou de choſes promiſes, d'où il concluoit qu'à l'égard de ce bail, il falloit regarder ſéparément le prix de chaque année particuliere, c'eſt-à-dire qu'il ne s'agiſſoit que de cinquante livres pour chacune année, & qu'ainſi il falloit l'admettre à la preuve par témoins.

5. Cependant on le jugea non-recevable, & je crois avec juſtice, par pluſieurs raiſons ; premierément, parce

---

excipiebat de ſecundâ locatione verbaliter ſibi factâ, ad aliud triennium, pro eodem pretio quinquaginta librarum, anno quolibet exſolvendarum, quod denegabat Caïus.

4. Titius autem petebat ſe ad probationem per teſtes admitti, cùm de quinquaginta tantùm libris ageretur quotannis, & ſic diverſæ obligationes, & diverſa capita eſſent, quæ ſingula diſcreta conſiderari debeant, & non concreta, & cumulata, ut tradit juriſconſultus cùm de poteſtate judicandi ad certam uſque quantitatem differit : *a* item in legatis annuis, vel pro certis annis, hac formâ annuâ, bimâ, trimâ die relictis, conſiderationem fieri debere de primo anno tantùm, primo æſtimatione legati : *b* item in ſtipulationibus dandi, annuâ, bimâ, trimâ die, aut de pluribus rebus promiſſis, tot ſtipulationes eſſe, quot ſunt anni vel res. *c* Ergò concludebat in hâc locatione ſingulorum annorum faciendam eſſe æſtimationem, ut pro ſingulis fieret æſtimatis librarum quinquaginta, & ſic teſtium probatio admitteretur.

5. In contrarium tamen judicatum fuit, idque, ut puto, optimè :

a *L. Si idem cum eodem, ff. de Juriſd. omn. judic.*

b *L. Cùm in annos, ff. de ann. legat.*

c *L. Sire debemus, & l. plurimus, ff. de verb. Obl.*

que dans les contrats & les ſtipulations, quand on met pluſieurs années en gros, ou qu'on ſtipule quelque choſe payable par années limitées, cela n'eſt réputé faire qu'une ſeule & même ſtipulation, dit le juriſconſulte Pomponius, & la loi *Si Sthicum*, *D. de verb. Oblig.* 2° parce que, ſi pour un bail à ferme fait pour certaines années, on a donné une caution, cette caution eſt réputée avoir été donnée pour toutes les années du bail; & ce n'eſt qu'un ſeul cautionnement pour raiſon d'une ſeule obligation, comme dit, en termes exprès, le juriſconſulte Caïus, lequel texte eſt très-précis ſur cette queſtion; & ainſi il ne doit y avoir aucune difficulté qu'il n'ait été bien jugé.

6. Tous les argumens que Titius oppoſoit étoient inutiles; car, quand on ſtipule pluſieurs choſes, ou pour pluſieurs années, ce ſont autant de différentes ſtipulations: il en eſt de même des demandes faites en jugement, leur nombre marque qu'il y a pluſieurs obligations; mais dans les legs annuels, on ne peut faire une eſtimation certaine des alimens, ſinon à l'égard de la premiere année; mais à l'égard des années ſuivantes, cette eſtimation eſt incertaine, parce qu'on ne peut ſçavoir ſi le légataire vivra: ainſi on s'arrête à l'eſtimation de la premiere année qui paroit certaine; au lieu que celle des autres années eſt conditionnée, &, par conſéquent, incertaine; & c'eſt ainſi

---

his rationibus. Primâ, quià in contractibus & ſtipulationibus quotieſcunque plures anni unâ conceptione in ſtipulationem deducuntur, vel promittuntur, in annos certos & limitatos, unica eſt ſtipulatio, inquit Pomponius. *a* Secundâ, quià ſi pro locatione factâ ad certos annos datus eſt fidejuſſor, pro omnibus annis datus cenſetur, & tanquam unâ fidejuſſio, ad unam ſolam obligationem, refertur, ut diſertè annuit Caïus, *b* his verbis: *Si à colono ſtipulatus, fidejuſſorem acceperit, una ſtipulatio eſt plurium penſionum*; & hic textus pro hâc locationis quæſtione eſt expreſſiſſimus, ideòque de judicato ambigi non poteſt.

6. Nec obſtant Titii argumenta: nam in ſtipulationibus plurium rerum, vel plurium annorum, videntur plures conceptiones, & plures ſtipulationes; & idem in diverſis petitionibus in jure factis, cùm diverſa & multiplex enumeratio, arguat obligationum pluralitatem: in annuis verò legatis, fieri non poteſt certa æſtimatio alimentorum, niſi unius primi anni, ſequentium autem annorum incerta eſt æſtimatio, cùm neſciatur an poſteà vivat legatarius, ideòque ſtatur primi tantùm anni æſtimationi, cùm pura & omninò certa videatur, & reliquæ condito-

a *L. L. Si Sthichum, §. 1. de verb. Oblig.*

b *L. Si à colono, §. de Fid. ſejſr.*

que la loi les a distinguées ; aussi Justinien, comme il s'étoit apperçu qu'il y avoit eu autrefois quelque antinomie entre les loix ci-dessus citées, les a, ce semble, voulu concilier quand il a distingué à l'égard de l'insinuation des donations d'une quantité certaine ; car, dit-il, s'il a été fait plusieurs donations, en différens tems, de diverses sommes, elles seront réputées comme autant de donations séparées, que si en même tems, & dans le même moment, on a donné une certaine somme à recevoir annuellement, & que le nombre des années soit indéfini, comme lorsque l'on donne à une personne, tant qu'elle vivra, alors on ne fait l'estimation que de la premiere année ; car on doit payer cette premiere année par avance, à cause qu'il s'agit d'alimens, & non pas les autres années suivantes, qui sont incertaines & fortuites. Que si le donateur a fixé le nombre des années pendant lesquelles il veut que cette somme soit donnée au donataire, ou à son héritier, alors cela est considéré comme une seule & unique donation ou stipulation ; & on ne fait qu'une estimation en gros de toutes les sommes données ou stipulées, à cause que le nombre est fixé & limité ; & c'est ainsi, je crois, qu'il faut entendre la décision du jurisconsulte Paulus, en la loi *Sancimus*, dans laquelle il parle de la différence entre la stipulation faite, à cause de mort, d'une somme payable pendant un certain nombre d'années limité, d'avec les legs annuels, parce que la somme, dans le premier cas, est certaine, & dans l'autre, elle est incertaine ;

---

nales, & incertæ ; & ità distinguit eleganter jurisconsultus. *a* Et quià nonnihil antinomiæ animadverti poterat in his diversis juribus antiquitùs variatis, videtur quòd omninò sit conciliata contrarietas illa per Justinianum : *b* cùm de insinuandis certarum quantitatum donationibus distinguit : Nam (inquit) si diversis temporibus diversæ summæ donatæ fuerint, plures donationes factæ censebuntur, si verò eodem tempore, & momento, certa summa annuatim data est, si quidem anni indeterminati fuerint, utpotè, cùm donatur ad vitam, tunc primi anni tantùm fit æstimatio : Nam in primi anni principio debet fieri pro alimentis solutio : *c* cæteri verò anni fortuiti sunt, & incerti : Si verò anni ità determinati fuerint, ut appareat quantis annis debeat fieri præstatio donatorio, vel ejus hæredi adjectio : tunc unica censebitur donatio, vel stipulatio, & omnium annorum præteritorum fiet unica æstimatio, propter certitudinem annorum sibi stipulatæ : *d* ità intelligendum [illegible]

a *L. Si in singulos, ff. de annal. legat.*

b *L. Sancimus, C. de Donat.*

c *Dict. L.*

d *Dict. L.*

mais dans l'eſpece dont il s'agit, le terme de bail pour trois années eſt certain, & ne finit point par la mort du locataire, puiſqu'il paſſe à l'héritier : donc on a eu raiſon de ne faire qu'une ſeule eſtimation du prix du bail des trois années enſemble, laquelle eſtimation excédant la ſomme de cent livres, étoit, par conſéquent, ſujette à l'ordonnance de Moulins, qui en défend la preuve par témoins.

7. Mais, que faut-il dire à l'égard du bail emphyteutique, ou du bail à cens ou à rente ; car il eſt certain en droit, & par cette ordonnance, qu'il doit être rédigé par écrit ; & c'eſt pourquoi Balde dit qu'il a été appellé *libellarius*, c'eſt-à-dire, libellé ou rédigé par écrit : c'eſt pourquoi, ſi on prétend qu'il y a eu bail emphyteutique, ou bail à rente d'une ſomme au-deſſus de cent livres ; ſi le fonds, qui a été baillé à emphytéoſe ou à rente, excede la valeur de cent livres, l'ordonnance de Moulins a lieu.

8. Mais on demande s'il faut conclure de-là que la maxime de droit, ſuivant laquelle la preſtation annuelle pendant dix années, induit un titre, & fait preuve que la rente eſt dûe, a lieu parmi nous ; & ſi au cas que cette preſtation ſoit déniée, on ne pourra la prouver que par écrit, parce que cette ordonnance rejette la preuve par témoins ?

---

a *L. Senatus*, §. *ult. de Donat.* Pauli reſponſum *a*, quo aſſignatur differentia, inter ſtipulationem, etiàm mortis causâ factam, in certos ſingulos annos, & annua legata, cùm unum ſit certum, & alterum incertum : atqui locatio in triennium eſt

b *L. Penult. C. de Locat.* certiſſima nec morte conductoris finitur, cùm tranſeat ad hæredes, *b* igitur trium annorum unica facienda fuit æſtimatio : quæ cùm centenam libram excedat, huic conſtitutioni meritò ſubjici debuit.

7. Sed quid de contractu emphyteutico, vel cenſuali, ſeu libellario : nam abſque dubio contractus ille ſcriptis confici debet, tàm jure civili

c *L. 1, C. de jur. emph.* vulgato, *c* (& hâc fortè etiam ratione libellarius olim dicebatur ſecundùm Bald.) *d* quàm hâc regiâ diſpoſitione, quæ vult de his omnibus

d *Sup. rub. C. de jur. emph. n. 4.* quæ inter homines fieri ſolent, contractum ſcriptis confici debere, ideòque qui contractum emphyteuticum, vel cenſualem, ſeu redditua-rium quemcunque allegaverit, ſi ſuprà centenam libram æſtimetur fundus in emphyteuſim datus, huic legi ſubjicietur.

8. Sed nunquid ob hoc abrogata ſit vulgaris illa theorica, quæ vult

e *L. Si certis annis, C. de Pact. & in l. Cùm de in tertio, ff. de Uſur.* ex decennali continuatâ præſtatione, redditum annuum poſſe probari, ut paſſim in jure colligitur : *e* Nunquid ſi decennalis illa præſtatio denegetur, non niſi ſcriptis probari debebit, rejectâ per hanc legem teſtium probatione ?

9. Je réponds qu'en ce cas, la preuve par témoins doit être reçue, non pas à l'effet de prouver qu'il y a eu un contrat verbal, ou bail emphyteutique arrêté entre les parties, mais à l'effet de prouver seulement ce fait de prestation annuelle durant dix ans, qui renferme une espece de prescription; & cette prescription n'est point comprise dans l'ordonnance, qui ne regarde que les contrats & les conventions expresses, parce qu'elle ne dépend point de la convention de l'homme, mais qu'elle s'accomplit par le seul laps de tems; c'est pourquoi ce qui s'acquiert par la prescription, n'est pas censé être acquis par une convention expresse, mais par une convention tacite qui résulte de ce que le propriétaire a souffert pendant un long espace de tems, qu'un autre jouît de ce qui lui appartient; & ainsi ne peut être compris dans cette ordonnance, parce qu'il est inouï en droit que la prescription ne se puisse prouver que par écrit, puisqu'au contraire la loi veut qu'elle se puisse prouver, non-seulement par témoins, mais par toute autre sorte de preuve: Je conclus donc que quoique le bail emphyteutique, fait par une convention expresse, ne se puisse prouver que par écrit, la prestation annuelle se peut néanmoins prouver par témoins, laquelle étant prouvée, l'on pourra induire ensuite qu'il y a eu originairement un contrat de constitution qui a précédé; & cette prestation, en ce cas, sera réputée un titre valable;

---

9. Respondeo, testium probationem admitti debere, non quidem pro contractu, vel pacto emphyteutico inter partes sinè scriptis celebrato, sed pro decennali tantùm præstatione, quæ præscriptionis speciem habet: atqui præscriptio inter expressa hominum pacta, & conventiones hâc lege regiâ comprehensas computari non potest: cùm non hominum pactionibus, sed solo temporis cursu conficiatur & impleatur. *a* Ideòque quod per præscriptionem acquiritur, non pacto convento, sed magis pacto tacito ex longævâ temporis & hominis patientiâ quæsitum videtur, & ideò sub hâc lege comprehendi non poterit: cùm in jure inauditum sit, præscriptionem non nisi scriptis fieri debere, imò & testibus, & omni genere probationis probari semper possit. *b* Concludo ergò, quod quamvis contractus emphyteuseos expressis, nonnisi scriptis probari possit, decennalem tamen præstationem testibus probari posse: ex quâ decennali præstatione, redditus creationem præcessisse præsumitur, quæ etiam pro titulo habebitur. *c* Idcircò, inter tacita pacta, huic re-

a *L. 3, ff. de Usurpationibus.*

b *Not. in L. 1, de reb. alien. non alien. C. & ibi Bald.*

c *Ex Accurs. & Bart. in dict. l. 3; certis annis, C. de Pact.*

c'eſt pourquoi j'eſtime qu'il faut excepter ce cas de l'ordonnance, parce que c'eſt un pacte tacite ; ce qui ſe doit entendre auſſi de tous les autres pactes tacites qui lui reſſemblent.

---

giæ conſtitutioni non obnoxia, caſum iſtum referri debere cenſeo ; & idem in ſimilibus aliis tacitis pactis, eandem naturam cum ſupradictis referentibus.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XIV.

SOMMAIRE.

1. *Du bail emphyteutique, de la preſtation annuelle, durant dix ans.*
2. *A l'égard du bail verbal, il ne ſe peut prouver par témoins, mais la jouiſſance ſeulement.*
3. *Le poſſeſſeur, quoiqu'injuſte, eſt maintenu juſqu'à ce que le propriétaire ait juſtifié par écrit ſon titre de propriété.*
4. *Du privilége ſur les meubles en cas de reconduction.*
5. *Le prix de tout le tems du bail ne ſe peut diviſer.*
6. *Même queſtion agitée par Anſelmo, ſur l'édit perpétuel.*
7. *Raiſons & autorités pour prouver que chaque année de loyer eſt une dette particuliere.*
8. *Raiſons & autorités pour l'opinion contraire.*
9. *Exemple dans le cas d'appel d'une ſentence.*
10. *Déciſion que la preuve par témoins eſt défendue en ce cas.*
11. *Sur la queſtion des legs annuels, on cite ſeulement les docteurs qui en ont parlé.*
12. *Si, quand une perſonne demande par un même exploit pluſieurs ſommes au-deſſous de cent livres, la preuve par témoins eſt permiſe.*
13. *Raiſon de l'article 5 de l'ordonnance de 1667, qui a décidé cette queſtion.*
14. *Si celui à qui il eſt dû plus de cent livres, peut ſe reſtreindre à cette ſomme, pour obtenir la preuve par témoins.*
15. *Bail à rente, à cens, & emphyteutique, ne ſe peuvent prouver par témoins.*
16. *Quant à la preſtation annuelle, il y a deux queſtions ;*

1. *Si elle fait préſumer un titre?* 2. *Si elle ſe peut prouver par témoins?*

17. *Raiſons de ceux qui diſent que cette preſtation ne peut induire une obligation de payer à l'avenir.*

18. *Que cette preſtation fait du moins préſumer un titre.*

19. *Eſpece de la loi* de in Rem verſo, ff. de Uſuris.

20. *Explication de cette loi, par M. Cujas.*

21. *Sentimens de Péréſius ſur la loi* 28, C. de Pactis.

22. *Sentiment de Me Charles Dumoulin, qui fait quatre reſtrictions ſur la loi* de in Rem verſo.

23. *Autres réflexions ſur la preſtation annuelle.*

24. Quid? *ſi cette preſtation a duré trente ans.*

25. *Sentiment de Charondas ſur la ſeconde queſtion, touchant la preſtation annuelle.*

26. *Autre queſtion: Si le débiteur qui a payé durant dix années, intente action pour répéter ce qu'il a payé?*

27. *Déciſion de cette queſtion.*

1. CE chapitre eſt la ſuite du précédent, dans lequel Boiceau n'avoit parlé des pactes tacites qu'en général: il parle dans celui-ci de quelques autres conventions tacites en particulier, ſçavoir du bail tacite verbal, de la reconduction, du bail emphyteutique, du bail à cens & à rente, non rédigé par écrit, & de la preſtation annuelle durant dix années; il faut parler de toutes ces choſes, ſuivant ce même ordre.

2. Pour ce qui eſt du bail tacite, il eſt vrai qu'il ne ſe peut prouver par témoins, puiſque c'eſt un contrat qui doit, par conſéquent, être rédigé par écrit; mais l'occupation des lieux, & la jouiſſance, ſont des choſes de fait, qui ſe peuvent prouver par temoins [*]. La loi *Officium, D. de*

[*] Je puis prouver par témoins, dit M. Jouſſe, comm. de l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 4, qu'un locataire qui a joui de ma maiſon pendant un certain nombre d'années, en a effectivement joui, parce qu'indépendamment du contrat de louage, la jouiſſance eſt un fait public, qui me produit une action; & en cela, je ne demande point à prouver une convention directement ni indirectement; & par conſéquent, je ne contreviens pas à l'ordonnance.

Au contraire, lorſqu'un loyer monte à plus de cent livres, celui du locataire, ou du locateur qui en a donné congé, ne peut être reçu à la preuve par témoins de ce congé, ſi l'autre a la mauvaiſe foi d'en diſconvenir; la preuve par témoins de toutes choſes dont on a pu s'en procurer une par écrit, lorſque l'objet excede cent livres, étant refuſée par l'ordonnance. Ainſi, lorſqu'on ſe méfie de la bonne foi de la partie, il faut avoir ſoin de donner le congé par le miniſtere d'un huiſſier, ou le faire accepter par écrit.

rei Vindicatione, que Boiceau cite en cet endroit, a lieu contre toutes ſortes de poſſeſſeurs. Le Grand, ſur la Coutume de Troyes, article 164, eſt auſſi de cet avis; & Charondas, en ſes Réponſes, chapitre 52, en rapporte un Arrêt du 13 Juillet 1573. Auſſi le propriétaire a droit de procéder, par voie de gagerie, ſur les meubles des locataires qui occupent ſa maiſon, ſuivant les articles 161 & 162 de la coutume de Paris, même ſur ceux des ſous-locataires, quoiqu'il n'y ait aucun bail par écrit, lequel eſt préſumé par la ſimple demeure du locataire.

3. Il en eſt de même de celui qui a perçu les fruits d'une terre dont il a uſurpé la poſſeſſion; le propriétaire peut prouver ce fait par témoins: que ſi ce poſſeſſeur articule qu'il eſt lui-même le propriétaire, ou qu'il articule ſimplement qu'il a preſcrit en vertu de ſa poſſeſſion, en ce cas le véritable propriétaire eſt tenu de rapporter ſon titre de propriété [*]; & juſques-là ce poſſeſſeur, quoiqu'injuſte, eſt maintenu par proviſion, parce que la préſomption de la loi eſt pour lui, ſi ce n'eſt que l'uſurpation fût manifeſte, ou que le propriétaire articulât poſſeſſion contraire.

4. Pour ce qui eſt de l'eſpece que Boiceau propoſe de la reconduction tacite d'une maiſon, moyennant cinquante livres par an, pour ſçavoir ſi la preuve par témoins en devoit être admiſe; il eſt conſtant que le même privilége ſur les meubles a lieu, en ce cas, au profit du propriétaire, par induction de la loi *Labeo*, *D. l.* 2, *T.* 14, *de Pactis*, & que, ſuivant la loi au Digeſte *Locati-conducti*, ſi le fermier a continué d'exploiter les fruits de la ferme après ſon bail expiré, non-ſeulement il eſt cenſé avoir renouvellé le bail; mais les gages qu'il a donnés pour ſûreté du premier bail, demeurent encore obligés pour la ſûreté du ſecond; & Dumoulin, ſur le conſeil 27 d'Alexandre, décide que le ſecond bail eſt cenſé avoir été renouvellé ſous les mêmes conditions que le premier, ce qui eſt obſervé ſuivant nos mœurs.

Etiamſi, nihil nominatim convenerit, & ſi quis impleto conductionis tempore fructus percipit non ſolùm reconduxiſſe videtur, ſed etiàm pignorum obligatio durare dicitur.

5. Ainſi la déciſion que Boiceau donne dans cette eſ-

[*] Il peut encore prouver par titres, ou même par témoins, que la poſſeſſion de ſon adverſaire renferme quelque vice, comme de violence, de clandeſtinité, ou de précaire.

pece eſt juridique, parce que le prix de ces trois années du bail ne ſe peut diviſer; ce n'eſt qu'une même ſtipulation; l'hypotheque & le privilége du propriétaire ſont indiviſibles; & quoique le payement ſe diviſe à proportion de chaque année, c'eſt néanmoins toujours le prix d'une ſeule choſe limité, & fixé à une ſeule ſomme.

6. Antonius Anſelmo, §. 11, ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, agite la même queſtion que celle de Boiceau dans ce Chapitre, touchant la preuve par témoins d'une dette au-deſſus de trois cens florins qui a été créée, non par un ſeul acte, mais par ſucceſſion de tems, comme pour loyer du bail d'une maiſon.

7. Il dit d'abord qu'il ſemble que chaque année de loyer échue, ſoit une dette particuliere, laquelle, (ſuppoſant qu'elle ſoit au-deſſous de trois cens florins,) peut, par conſéquent, être prouvée par témoins; il cite pour cette opinion la loi *Stichum*, §. *Stipulatio*, *ff. de Obligat. L. Senatus final. ff. de Donat. cauſâ mortis*, *l.* 5, *verb. in annis*, *ff. de Ann. legat. l.* 1, *ff. Quando dies uſuf. cedat.* D'où vient, dit-il, que pour preſcrire l'action qui eſt acquiſe au propriétaire pour chaque année du loyer, il faut des tems ſéparés & une preſcription particuliere, ſuivant la Gloſe, *in l.* 5. *notiſſim.* §. *In his*, *C. de præſ.* 30, *vel* 40 *an.* & le ſentiment de Bartole : *Quod ubi num eſt debitum*, *jure præſcriptionis tollitur. Sed quando eſt annuum*, *tunc quià multiplex eſt*, *tot requiruntur præſcriptiones quot ſunt anni*; il cite, pour cette opinion, Valaſcus, *conſult.* 49; Cravetta, *de Ant. temp. part* 4, *n.* 34; Grivellius, *Dec. Dola.* 124, *n.* 5; Gui-Pape, *dec.* 406; *Tholoſa. deciſ.* 342; Mynſinger, *Cent.* 3, *obſerv.* 17; & M. Louet, *l. C. ch.* 12. La plûpart des docteurs, dit-il, enſeignent qu'il faut autant de preſcriptions qu'il y a d'années échues, c'eſt-à-dire que chaque preſcription ne commence à courir que du premier jour de chaque année, & non pas du jour de la paſſation du bail.

8. Mais tous les autres docteurs eſtiment, au contraire, que dans cette eſpece la preuve par témoins n'eſt pas recevable, parce que le prix du loyer n'eſt dû qu'en vertu d'un ſeul titre qui eſt le bail, & n'eſt demandé qu'en vertu d'une action unique qui en dérive, ſuivant la loi *Si idem* 11, *ff. de Juriſdictione jud.* de telle ſorte que toutes ces années

de loyers échues ne compoſent qu'une ſeule & même dette.

9. C'eſt par cette raiſon, dit-il, que ſi une perſonne a interjetté appel d'une ſentence qui le condamne au payement de diverſes ſommes, dont chacune priſe ſéparément, ſoit moindre que celle au-deſſus de laquelle la loi du pays défend de mettre la ſentence à exécution, & que jointes enſemble, elles excedent cette ſomme, en ce cas, ſi toutes ces ſommes ne ſont dûes par le defendeur que pour une même cauſe, on ne pourra exécuter la ſentence contre lui; & elle pourra, au contraire, être exécutée, ſi ces ſentences proviennent de diverſes cauſes, & qu'elles aient été demandées par des actions différentes, ſuivant la loi *Qui ſeparatim* 10, §. 1, *ff. de Appell.* Gail. l. 1, obſerv. 123; Mynſinger, Cent. 5, obſerv. 83, n. 9.

10. Ainſi, conclut Anſelmo, l'article 19 de l'édit perpétuel défend au propriétaire la preuve par témoins, dans le cas du loyer, dont il a été parlé ci-deſſus: *Sibi enim imputare debet*, ajoûte-t il, *quòd tot annos decurrere paſſus ſit, aut quod alitèr ſibi non providerit;* c'eſt auſſi le ſentiment de Romélius, §. 47, qui cite Alexandre, conſ. 50, v. l, 5 [*].

[*] La reconduction eſt une convention tacite, que la loi préſume être intervenue entre le locateur & le locataire, pour le renouvellement du bail, lorſqu'après l'expiration du bail, le locataire, ou celui qui a droit de lui, a, pendant un certain tems différemment limité par les coutumes, continué d'occuper la maiſon, ſans contradiction de la part du locateur. Ainſi la preuve de cette convention tacite dépend de celle du fait que le locataire a continué d'occuper pendant le tems requis; ce fait prouvé, la reconduction a lieu de plein droit: or la preuve de ce fait, comme il eſt évident, peut ſe faire par témoins, auſſi-bien qne par écrit. C'eſt donc en pure perte qu'on s'étend ici en raiſonnemens ſur le prix du bail, & ſur la queſtion de ſçavoir ſi on peut le diviſer par le loyer de chaque année, ou ſi, au contraire, on doit le regarder comme ne faiſant qu'une ſeule & même ſtipulation. Auſſi eſt-il à remarquer que Danty s'eſt éloigné de l'idée de Boiceau, qui ne parle pas de tacite reconduction, mais d'un nouveau bail fait verbalement, *ſecundâ locatione verbaliter factâ*, porte le texte. Dans ce cas effectivement, la preuve par témoins ne pourroit être admiſe; car, ce que dit Boiceau, que le prix des trois années du bail ne doit être regardé que comme une ſeule ſtipulation, trouvant ici ſa place, & étant fondé en raiſon, la convention excéderoit la ſomme de 100 livres, & ſeroit ſoumiſe à la prohibition de l'ordonnance.

Cette tacite reconduction eſt fondée ſur une préſomption établie par la loi; mais cette préſomption n'eſt pas *juris & de jure*. C'eſt une ſimple préſomption de droit, qui peut ſe détruire par une preuve contraire. Ainſi,

1° Si, avant l'expiration du bail, le locateur avoit donné la demande contre ſon fermier, ou locataire, pour l'expulſer, & que le procès ſe trouvât pendant au tems de l'expiration du bail, il n'y auroit pas lieu à la tacite reconduction, quoique le locataire ou fermier fût reſté quelque peu de tems en joui-

11. A l'égard des legs annuels dont parle Boiceau, cette queſtion n'eſt pas de ce Traité ; ce qu'il en dit par rapport à l'ordonnance de Moulins eſt fort juſte ; & ceux qui voudront examiner davantage cette matiere, peuvent voir les auteurs qui ont écrit ſur les loix qu'il cite.

M. Cujas, *ad l. 6, Cod. T. 52, quando dies legati vel fideicom. cedit.* La loi *Si quis legata, ff. de cond. & demonſt.* & *l. 35, eod. T.* La loi *in annalibus legatis, Cod. l. 6, T. 37, de Legatis.* Le §. *Si quis* de la loi *Sancimus, C. l. 8*; & Dumoulin, T. 2, des Cenſives, *gl. 1, in verbo* Rachat, *n. 21.*

12. Pour ce qui eſt des demandes que fait une perſonne en juſtice, pour cauſes ſéparées, devant un même juge, & par un même exploit, ſi toutes enſemble elles excedent la ſomme de cent livres, il ne peut en demander la preuve par témoins, quand il n'en a point de titre par écrit, quoique chacune de ces demandes ſoit pour une ſomme au-deſſous de cent livres ; même, quoiqu'elles viennent de différentes cauſes, & ſoient de différentes dates, ſuivant qu'il eſt décidé expreſſément par l'article 5 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667.

13. Car l'ordonnance a regardé toutes ces demandes comme ne faiſant qu'un ſeul chef de conteſtation ; & toutes ſont cenſées comme ne compoſant qu'une ſeule dette par rapport au même débiteur [*], ſi ce n'eſt, ajoûte-

ſance, depuis l'expiration du bail ; on ne peut pas préſumer dans le locateur la volonté de lui renouveller un bail, dans un tems où il plaide pour l'expulſer.

2° Cette préſomption ne pourroit avoir lieu, ſi, au tems de l'expiration du bail, l'une des parties n'étoit pas capable de conſentement : *Si interim dominus furere cœperit, vel deceſſerit, fieri non poſſe Marcellus ait, ut locatio redintegretur*, l. 4, ff. *Locat.* Si cependant, dans ce cas, le locateur avoit, lors de l'expiration du bail, un curateur qui eût ſouffert la jouiſſance du fermier ou locateur, il y auroit lieu à la reconduction.

3° Il n'y a pas lieu à la tacite reconduction dans les baux judiciaires ; car on ne peut pas dire que le commiſſaire, à qui ſeul il appartient de faire les baux judiciaires, ait loué tacitement de nouveau l'héritage ſaiſi au fermier judiciaire, ce commiſſaire ne pouvant faire qu'en juſtice les baux des héritages ſaiſis.

S'il ne paroiſſoit pas que le locateur eût dénoncé au locataire de ſortir, dans la huitaine de l'expiration du bail, mais qu'il eût, dans ce tems, ou même dès avant l'expiration du bail, fait un bail à un autre, dont l'antériorité de la date fût conſtante, le nouveau bail, fait au nouveau locataire, pourroit ſervir de commencement de preuve de la dénonciation faite à l'ancien locataire. Mais s'il étoit conſtant que le locateur eût omis de faire cette dénonciation à l'ancien locataire, alors, quoique le bail fait au nouveau locataire, empêche qu'on ne puiſſe preſumer qu'il y a eu une tacite reconduction, puiſqu'il prouve une volonté contraire de la part du locateur, néanmoins on doit décider que le locateur doit laiſſer jouir l'ancien locataire, comme s'il y avoit effectivement une tacite reconduction ; parce qu'en ne l'avertiſſant pas, dans la huitaine, de ſortir, il l'a induit en erreur, lui a donné lieu de croire qu'il y avoit reconduction, & lui a fait manquer les occaſions qu'il auroit pu avoir de ſe pourvoir d'une autre maiſon.

[*] Il ſembleroit que la preuve par témoins devroit être admiſe dans ce cas : car l'ordonnance n'ayant enjoint de dreſſer des actes, que des choſes qui excédent la ſomme de cent livres, on pourroit dire qu'on ne doit pas imputer au demandeur de ne s'en être pas procuré une preuve par écrit : néanmoins l'eſ-

t-elle, *que les droits procédaſſent par ſucceſſion, donation ou autrement, de perſonnes différentes;* car, en ce cas, on ne peut conſidérer ces différentes ſommes, comme ne faiſant qu'une ſeule dette, parce que le titre en étant différent, elles forment effectivement autant de conteſtations différentes, leſquelles ſe décident par des moyens différens[*]; ainſi ce que dit le Grand, article 164 de la coutume de Troyes, n. 28, au contraire, doit s'entendre quand le créancier fait des demandes, ſéparément de ſommes au-deſſous de cent livres, qu'il a prêtées en différens tems au débiteur, & qu'il donne différens exploits pour chaque ſomme particuliere; car, en ce cas, la preuve par témoins eſt reçue, parce que chaque demande fait une conteſtation ſéparée[**]: ainſi l'arrêt rapporté par Vrevin, au chapitre 9 de ſes Obſervations ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui admit la preuve par témoins,

prit de l'ordonnance, en défendant cette preuve, ayant été que les particuliers ne fuſſent pas expoſés aux riſques de la ſubornation de témoins, pour des ſommes conſidérables, & excédantes cent livres, qui leur ſeroient demandées par des frippons, elle doit être refuſée, ſoit que cette ſomme ſoit prétendue pour une ſeule ou pour pluſieurs cauſes, étant auſſi facile de ſuborner des témoins qui dépoſent de pluſieurs fauſſes créances, comme d'en ſuborner qui dépoſent d'une ſeule. D'ailleurs le créancier n'eſt pas obligé de ſe procurer une preuve littérale, tant que ſes créances n'excedent pas cent livres; mais lorſqu'à celles qui n'excedent pas cette ſomme, il en ajoûte une nouvelle qui fait monter le total de toutes ſes créances à plus de cent livres il en doit faire dreſſer un acte. M. Potier, *loco cit.* part. 4, ch. 7, art. 2.

[*] C'eſt pourquoi je peux être admis à la preuve par témoins d'un prêt de 60 liv. que je vous demande de mon chef, & d'un autre de 80 liv. que je vous demande comme héritier de mon pere, par qui je prétends que cette ſomme vous a été prêtée, quoique ces ſommes excédent cent livres, parce qu'alors chacune de ces perſonnes n'étant créanciere que d'une ſomme qui n'eſt pas au-deſſus de cent livres, étoit dans le cas de pouvoir faire preuve par témoins de ſa dette: ainſi le changement qui ſe feroit du créancier, par ſucceſſion, donation ou legs, ne doit rien changer à cet ordre.

[**] L'ordonnance de 1667, art. 6, défend d'en uſer de la ſorte. « Toutes » les demandes, dit cet article, à quel- » que titre que ce ſoit, qui ne ſeront en- » tiérement juſtifiés par écrit, ſeront for- » mées par un même exploit, après » lequel les autres demandes dont il » n'y aura pas de preuves par écrit, » ne ſeront reçues. » Il ſeroit à ſouhaiter, dit M. Jouſſe, que cette diſpoſition, qui eſt très-ſage, fût obſervée plus exactement qu'elle ne l'eſt; cela contribueroit beaucoup à abréger la déciſion des procès. Cet auteur penſe même que ſi le défendeur ne veut point uſer de ce droit, & n'oppoſe pas la fin de non-recevoir, le juge peut la ſuppléer d'office. Ceci mérite, de la part des juges, l'attention la plus ſévere; car il ſeroit trop facile à un demandeur de mauvaiſe foi, d'éluder la prohibition de l'ordonnance, en formant ſéparément des demandes de ſommes au-deſſous de cent livres, qui ne lui ſeroient pas dûes, & de ſuborner des témoins, pour en avoir la preuve; ce qui rouvriroit la porte à tous les inconvéniens que la ſageſſe du légiſlateur a voulu écarter.

parce que le demandeur avoit conclu, par ſon exploit de demande, au payement de pluſieurs ſommes au-deſſous de cent livres, pour raiſon de livraiſons par lui prétendues faites au débiteur de pluſieurs piéces de vin à diverſes fois, (quoique conforme à la diſpoſition des loix 24, *ff. de Verb.* & 29. §. *Ex cauſâ*, *ff. de Min.* & au ſentiment des docteurs ſur cette loi,) ne peut plus faire aucun préjugé après la déciſion formelle de l'ordonnance de 1667. Il eſt à noter auſſi que dans cette eſpece, la veuve du débiteur avoit confeſſé la vérité de cette dette de la communauté, dont elle s'étoit ſoumiſe de payer la moitié, laquelle reconnoiſſance pouvoit, dit Vrevin, tenir lieu de commencement de preuve par écrit, au préjudice des héritiers du mari; à l'effet de faire admettre la preuve par témoins des livraiſons en queſtion : d'autant, ajoûte-t-il, que, en haine de l'ordonnance de Moulins, qui reſtreint la preuve à une ſeule eſpece, le moindre commencement de preuve par écrit, ſuffit pour faire admettre la preuve par témoins, ce qui n'eſt pas néanmoins une maxime certaine, comme il ſera montré ci-après dans la ſeconde partie de ce Commentaire, en expliquant ce qui peut paſſer pour un commencement de preuve par écrit.

14. On demande ſur ce ſujet, ſi celui à qui il eſt dû par une perſonne une ſomme au-deſſus de cent livres, dont il n'a point de titre ni de commencement de preuve par écrit, peut ſe reſtreindre à celle de cent livres, pour obtenir la permiſſion de le prouver par témoins. Le Grand, ſur la coutume de Troyes, article 164, nomb. 28, décide qu'elle ne doit pas être accordée en ce cas, pour obvier aux fraudes, & que cela a été ainſi jugé par arrêt des Grands Jours, à Troyes, du 22 Septembre 1583, rapporté par Mornac, *ad l. Contrà* 29, *D. de Legibus & Sanctis* [*],

[*] Cet arrêt rapporté par Mornac, n'a pas été cité par Le Grand avec exactitude. Cet arrêt, dans ſa véritable eſpece, a jugé que quand la demande a été une fois faite au-deſſus de cent livres, le créancier ne peut plus la reſtreindre à la ſomme de cent livres, & avec raiſon; car ayant reconnu lui-même que l'objet de la convention excédoit cent livres, & que la convention étoit, par conſéquent, compriſe dans la diſpoſition de l'ordonnance, il ne ſeroit pas, en ſe reſtreignant par la ſuite, recevable à offrir la preuve teſtimoniale. Voyez Anſelmo ſur l'art. 19 de l'édit perpétuel, §. 12, & les auteurs qu'il cite. Cette eſpece, comme l'on voit, eſt bien différente de celle qui eſt ici propoſée; & en effet, tout le contraire a été décidé dans celle-ci par un arrêt du parlement

& par Vrevin, chapitre 20 de ſes Obſervations ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins : cependant il ſemble que le demandeur à qui il eſt dû plus de cent livres, peut ſe reſtreindre à cette ſomme ; & il n'y a en cela nulle fraude, parce que s'il lui eſt dû plus, il perd le ſurplus par ſa reſtriction ; & s'il ne lui eſt dû qu'au-deſſous de cent livres, l'ordonnance lui permet la preuve par témoins.

Bardet, liv. 7, chap. 46, rapporte un arrêt du 17 Décembre 1638, qui jugea que la preuve par témoins ayant été refuſée en cauſe principale, pour une ſomme excédante cent livres, il n'eſt plus libre, en cauſe d'appel, de ſe reſtreindre à celle de cent livres pour obtenir cette preuve, parce que c'eſt la demande principale qui doit ſervir de régle pour obtenir cette preuve en cette rencontre ; & il faut obſerver ſur ce ſujet que cette reſtriction doit être faite avant conteſtation en cauſe ; au lieu qu'à l'égard de la demande qui excede le premier chef de l'édit, on peut ſe reſtreindre en tout état de cauſe, comme dit M. Lange, en ſa Pratique [*].

15. Au reſte, il eſt indubitable que le bail emphytéotique, le bail à cens, & le bail à rente étant des contrats, on n'eſt pas reçu à les prouver par témoins, non plus que les clauſes que l'on ſoutient en faire partie, il faut qu'elles ſoient rédigées par écrit.

16. Mais quant à la preſtation annuelle, ſoit d'une rente

de Provence, rapporté par Boniface, l. 8, tit. 27, ch. 4, par lequel la preuve d'un payement de cent livres fut reçue ſur le compte de cent trente-ſix livres, quoique le créancier oppoſât au débiteur, qu'il ne pouvoit pas diviſer ſa dette, pour frauder l'ordonnance.

[*] Il cite à ce ſujet Grimaudet en ſon Commentaire ſur l'édit des préſidiaux, gloſ. 37, & dit que tel eſt l'uſage.

La raiſon de cette différence eſt que, dans ce dernier cas, où il s'agit de décider de la compétence d'un juge, qui ne peut juger que juſqu'à une certaine ſomme : *Quantum petatur quærendum eſt, non quantum debeatur*, l. 19, §. 1, ff. *de Juriſdic.* parce que le juge ne juge que de ce qui eſt demandé. Mais dans le premier cas, pour ſçavoir ſi la preuve de la convention doit être permiſe au demandeur, il faut ſçavoir ſi c'eſt une convention dont l'ordonnance l'obligeoit de faire dreſſer un acte par écrit : or cela ſe décide par ce qui faiſoit l'objet de la convention qui excédoit, ou non, la ſomme de cent livres.

De ces principes on peut conclure, *à pari*, que lorſqu'une perſonne demande des dommages-intérêts qu'il prétend lui être dûs, pour l'inexécution d'une convention verbale de faire ou de ne pas faire quelque choſe, & qu'il eſt incertain ſi la valeur de ces dommages-intérêts doit monter, ou non, à une ſomme de cent livres, le demandeur, pour être admis à la preuve teſtimoniale de la convention, dont l'inexécution donne lieu aux dommages-intérêts prétendus, doit reſtreindre ſa demande à une ſomme certaine, pour leſdits dommages-intérêts, qui n'excede pas celle de cent livres.

ou canon emphytéotique, ou de quelqu'autre redevance, pendant dix années consécutives, il y a deux questions à examiner; la premiere, sçavoir si elle fait présumer un titre, & si elle oblige celui qui a payé durant dix ans, de continuer le même payement à l'avenir; la seconde, si cette prestation de dix années se peut prouver par témoins par le créancier, quand le débiteur la dénie.

17. Quant à la premiere question, qui est la plus contestée, & dont je ne parlerai qu'en passant, parce qu'elle n'est pas absolument de ce Traité; ceux qui soutiennent que régulièrement cette prestation ne peut suffire pour induire une obligation de payer à l'avenir, disent que le tems n'est pas un des moyens introduits par la loi pour contracter une obligation, quand il n'y a point de titre; celui qui paye, parce qu'il a cru qu'il y en avoit un, est dans l'erreur, & il a l'action de condiction. Enfin on ne peut pas, dit-on, prescrire la propriété d'une chose qui ne subsiste point, il faut qu'il y ait un principal de rente ou d'obligation, pour produire des arrérages ou des intérêts.

Tempus non est modus inducendæ obligationis.

18. Il est constant néanmoins que la prestation uniforme durant dix années des arrérages d'une rente, ou autre prestation annuelle, fait du moins présumer qu'il y a eu un titre originaire de constitution de cette rente, laquelle présomption, jointe à l'allégation d'un titre par le créancier, suffit pour faire condamner le débiteur pour l'avenir.

19. C'est ce qui résulte de la disposition de la loi *De in rem verso, ff. de Usuris*, qui décide que le pere ayant payé pendant long tems les intérêts d'une obligation à un créancier, quoique la stipulation d'intérêt ne soit pas rapportée, il faut présumer qu'il y en a une, & qu'ainsi le fils, héritier du pere, doit continuer le payement.

Imperator Antoninus ideò solvendas usuras judicavit quòd eas ipse pater longo tempore præstitisset.

20. M. Cujas, sur cette loi, qui est de Papinien, soutient que cette seule prestation n'induit pas une obligation; mais il ajoûte qu'elle fait du moins présumer qu'il y a eu un titre, & que cette présomption suffit pour déterminer le juge à condamner le débiteur à payer. Il dit enfin que le troisieme effet qui suit de cette prestation, est que, s'il est constant qu'il y ait eu autrefois un titre, elle oblige celui qui a payé, de continuer à payer à l'avenir; & il remarque que c'est au débiteur à prouver qu'il n'y en a point eu, & qu'il ne

doit rien : *Et dicendum longam præstationem sortis vel usurarum non constituere obligationem quæ non fuit initio, consuetudinem pensitationis indebitæ, non constituere debitum, ut qui præstitit antè & deinceps post præstare cogatur quasi obligatus.*

In dubio igitur non inducit obligationem sed præsumptionem obligationis quæ sufficiat judici, ut & imperatori, in hâc specie.

Ubi præsumptio pro me facit, tibi incumbit probatio, id est debitori, in quâ si deficis, vincit præsumptio.

Tandem examinato debito quidquam solvitur, habet solutio causam limitatam, tam ratione rei, quam temporis; solvit enim quod sentit se debere tantum quod debebat solvere unde non recipit a solutio existentem in futurum. Quotiam solutio unius debiti non inducit in alia obligationem, & concepta in aliud tempus dispositio ad aliud non extenditur.

Coras. l. 3, Miscell. cap. 13.

L. Si certis annis, C. de Pactis, L. de in rem verso, D. de usuris.

La loi 28, *C. de Pactis*, décide aussi que si quelqu'un a payé pendant quelques années une certaine somme en vertu d'un simple pacte, cela ne l'oblige pas de continuer à l'avenir ce payement, s'il n'y a eu une stipulation qui ait suivi, parce qu'en droit un simple pacte ne donnoit aucune action.

21. Péréfius, sur cette loi, ajoûte que ce payement ainsi fait par année, a une cause limitée à chaque année, en ce que celui qui paye, ne paye que ce qu'il doit pour cette année, & n'a pas dessein de s'obliger par ce payement à payer la même chose l'année qui suit; mais il a oublié, ce semble, d'ajoûter en cet endroit, comme a fait M. Cujas, que cette prestation, si elle a duré dix ans, est du moins une présomption du titre; ce qui suffit.

22. Me Charles Dumoulin, titre des Fiefs, §. 12, n. 19, en réfutant les docteurs, qui soutenoient qu'une personne ayant joui pendant dix ans d'un fief, en qualité de vassal, n'étoit plus obligé de rapporter le titre d'investiture, & qui se fondoient sur la disposition des deux loix ci-dessus citées, dit, 1° que la loi *De in rem verso*, ne doit s'entendre que des obligations personnelles, & non pas des matieres réelles, telles que sont les prescriptions; 2° qu'elle n'a lieu que contre celui qui agit, c'est-à-dire contre le débiteur, qui demandoit à l'empereur, dans cette loi, d'être déchargé du payement des intérêts que son pere avoit payés, dont la stipulation n'étoit point rapportée, & qui fut néanmoins condamné à continuer ces intérêts, comme étant tenu du fait de son pere, au droit duquel il étoit, & lequel ayant payé ces intérêts pendant plusieurs années, avoit lui-même consommé la prescription que le créancier lui opposoit; 3° que cette loi requiert une prestation

continuelle durant dix années consécutives, & par chacun an, séparément des intérêts en question; le payement de plusieurs années à une seule fois, ne faisant aucune présomption d'un titre; 4° que cette loi n'a lieu que quand le créancier allégue un titre onéreux, comme une vente, & non pas lorsqu'il allégue une donation, laquelle ne se présume point.

23. Mais il faut remarquer que cette présomption d'un titre ne subsiste, que tant que le débiteur ne prouve pas qu'il ne doit rien, la prescription n'étant qu'une exception pour se défendre, & non pas pour agir. Il faut enfin observer que dans les quittances, du moins dans la premiere, le titre de la prestation doit être exprimé: par exemple, il faut qu'il soit dit que c'est pour raison d'une certaine rente ou obligation, portant intérêt, que le débiteur paye; ce qui est censé être répété dans les subséquentes quittances, quand cela n'y seroit pas exprimé; & dans le cas où toutes ces choses se rencontrent, le créancier, après avoir prouvé par témoins la prestation annuelle durant dix années, doit faire condamner le débiteur à continuer la rente à l'avenir, suivant la loi *Cùm de in rem verso*, ci-dessus citée

24. A plus forte raison si cette prestation a continué durant trente ans, elle vaut titre; & n'est nécessaire, en ce cas, de l'alléguer dans la coutume de Paris, ainsi que prouve Charondas sur l'art. 118, ni d'obtenir sentence du juge [*]; ce qui s'entend si cette prestation est certaine.

Pour ce qui regarde la seconde question, on demande si le créancier est reçu à prouver par témoins cette prestation annuelle durant dix années consécutives, quand il n'en a point de preuve par écrit, & qu'il ne rapporte point de contre-quittance appellée en droit *antapocha*, qui est une reconnoissance du débiteur, par laquelle il reconnoît que le créancier lui a donné une quittance de la dette qu'il lui a payée?

25. Charondas, sur l'art. 116, de la coutume de Paris, des Prescriptions, décide que la preuve de cette prestation ne peut être empêchée par l'ordonnance de Moulins, qui dé-

[*] L'auteur du Droit civil & canonique dit « que la prestation faite à une église » pendant plus de quarante ans, induit » une obligation, quoiqu'il n'apparoisse » du titre. »

fend la preuve par témoins au-deſſus de cent livres, parce qu'en cette occaſion il n'eſt pas queſtion d'une convention, mais d'un fait de jouiſſance, & de la cauſe de cette jouiſſance, ce qui n'eſt pas le cas de l'ordonnance [*]; outre que, comme dit Boiceau ſur la fin de ce Chapitre, la preſcription ne dépend point de la ſtipulation des hommes, mais du tems; c'eſt pourquoi la preuve par écrit n'y eſt pas requiſe.

26. De tout cela il s'enſuit que ſi le débiteur, qui a payé durant dix années, intente l'action contre le créancier pour répéter de lui ce qu'il lui a payé, comme ne lui étant pas dû, & qu'il produiſe ſeulement des quittances du créancier où la cauſe du payement ne ſoit pas exprimée, en ce cas l'un & l'autre peut prendre droit par des quittances, & ſoutenir qu'elles leur tiennent lieu à chacun de commencement de preuve par écrit; & ainſi l'un & l'autre peuvent demander la preuve par témoins; le créancier, pour juſtifier la preſtation annuelle de dix années qui fait préſumer un titre en ſa faveur, ſur le fondement de ces quittances, quoique le titre de la dette n'y ſoit pas exprimé; & le débiteur, pour juſtifier que n'y ayant point de cauſe exprimée dans ces quittances, & le créancier ne rapportant point de titre de la dette, il a droit de répéter ce qu'il lui a payé, comme ne lui étant point dû.

Anſelmo, §. 12, ſur l'édit perpétuel, demande ſi on peut, en Flandres, faire la preuve par témoins d'une convention au-deſſus de trois cens florins, en ne demandant pas toute cette ſomme à la fois, mais par parties, à l'effet

[*] Nous avons déja vu qu'il eſt de principe en cette matiere, que la diſpoſition de l'ordonnance renferme non-ſeulement les conventions, mais généralement toutes les choſes dont celui qui demande à faire preuve, a pu s'en procurer une par écrit: C'eſt pourquoi je penſe ois que le créancier, ayant pu ſe procurer une preuve par écrit par des contre-quittances, ou par des quittances paſſées par-devant notaires, dont il reſte minute, ne doit pas être admis facilement à la preuve teſtimoniale.

Il faut remarquer, à ce ſujet, que le journal du créancier, ſur lequel il auroit inſcrit les payemens qui lui auroient été faits, ne peuvent ſervir de preuve pour lui deſdits payemens, parce qu'on ne peut ſe faire une preuve pour ſoi-même. L. 5, *Cod. de Probat.*

Mais ſi la rente avoit été payée à une communauté, comme à un corps de ville, ou à une fabrique, les comptes ſolemnellement rendus, dans leſquels le receveur ſe ſeroit chargé des payemens, doivent faire foi de ces payemens; car il n'eſt pas vraiſemblable qu'un receveur, s'il n'eût pas effectivement reçu ces arrérages, eût été aſſez dupe pour s'en charger en recette, & pour s'obliger par-là à les payer à la place du débiteur.

de s'en faire payer, à plusieurs fois, par ce moyen. Quelques-uns, dit-il, ont estimé, suivant la loi *Sancimus, C. de Don.* que la preuve pouvoit être reçue en ce cas, d'autant plus que l'article 19 de l'édit perpétuel n'a point défendu de faire cette preuve, quand la demande est au-dessous de trois cens florins, mais, parce que, dit-il, ce seroit contrevenir à l'esprit & à l'intention de la loi, puisque par ce moyen ce seroit retomber dans le même inconvénient de la subornation des témoins que cet édit a voulu éviter. Il seroit dangereux de soutenir cette opinion, qui iroit à exposer le débiteur à plusieurs frais : aussi, ajoûte-t-il, Automne rapporte un arrêt du 22 Septembre 1583, *ad l. contrà legem, ff. de Legibus*, par lequel un créancier ayant demandé d'abord une somme au-dessus de cent livres à son débiteur, & ensuite s'étant voulu restreindre à une somme au-dessous de cent livres, pour avoir permission d'en faire la preuve par témoins, il fut déclaré non-recevable, par la raison de cette loi ; &, suivant notre usage, si le créancier auquel il est dû plus de cent livres, & qui n'a point de preuve par écrit, se restreint à cent livres, il est reçu à en faire la preuve par témoins, pourvu qu'il fasse cette restriction avant contestation en cause ; mais en ce cas, il perd le surplus de ce qu'il prétend lui être dû.

CHAPITRE XV.

Des Titres perdus & consommés par le tems.

SOMMAIRE.

1. *Si, quand les titres & contrats sont perdus, ou effacés par leur antiquité, la preuve par témoins est recevable.*
2. *Raisons pour la négative.*
3. *Décision au contraire, & que l'on doit, en ce cas, permettre la preuve de la perte du titre, & non pas de la teneur du titre.*

4. *Espece sur ce sujet, dans un contrat de vente, perdu pendant la guerre, ou autre cas fortuit.*

5. *Le principal point de la déposition des témoins doit être du fait de la perte du contrat, & ils doivent déposer aussi de la teneur.*

6. *Exemple dans un testament solemnel qui a été perdu; la preuve de cette perte se peut faire par deux témoins seulement.*

7. *Il faut dire la même chose des titres effacés, ou rongés des rats.*

8. *Forme de la déposition des témoins, en l'un & en l'autre cas.*

1. LE troisieme article qui regarde cette ordonnance, concerne les questions qui naissent tous les jours, au sujet de la perte des titres & papiers, ou de ce qu'ils sont usés & effacés par le tems, en telle sorte qu'on ne peut plus les lire; sera-t-il permis, en ce cas, de prouver par témoins les conventions qui y sont contenues?

2. Et il semble que cette preuve ne doit pas être reçue, de crainte que, sous ce prétexte que le titre est perdu, on ne trouve un moyen indirect de contrevenir à l'esprit de l'ordonnance, en prouvant par des témoins subornés & corrompus, des conventions, lesquelles directement ne se peuvent prouver par témoins, & qu'ainsi on ne fasse fraude à la loi, quoiqu'il soit de maxime, que ce qui n'est pas permis directement, ne peut l'être indirectement.

3. Cependant, nonobstant ces raisons, j'estime que cette preuve peut être permise en ce cas; & il a été souvent jugé

---

1. TERTIUS articulus ad hanc legis partem pertinens, est de quæstionibus, quæ quotidiè oriuntur, pro instrumentorum amissione, vel eorum temporis injuriâ consumptione, deletione, abrasione, ità ut amplius legi non possint: nunquid his omnibus casibus, probatio pactorum in instrumentis contentorum, testibus permitti debeat?

2. Et videtur quod non: ne sub specie allegatæ perditionis instrumenti, per indirectum incidatur in rationem legis istius, scilicèt colore & prætextu amissi instrumenti inducantur testes subornati, & corrupti, ad probanda ejusmodi pacta, quæ directò per testes probare non licebat, & ita fraus huic legi facillimè fiat; cùm tamen per indirectùm licere non debeat, quod directò non permittitur. *a*

3. His tamen non obstantibus, puto (& ita sæpè judicatum scio)

a L. Contra ff. de Leg. & ibi Accurs. l. Non dubium, C. eodem.

ainſi ; en telle ſorte néanmoins qu'on permet de prouver, ſeulement par témoins, que le titre a été perdu, & non pas de prouver ce qui eſt contenu dans ce titre.

4. Par exemple, ſi Caïus allégue, dans le cours dun procès, que Titius lui a vendu un héritage cent écus, & qu'il en a été fait un contrat de vente par écrit, mais que, durant les guerres, ou pendant la peſte, la groſſe de ce contrat, ou la minute originale, ayant été dépoſée en un endroit avec d'autres papiers, ou donnée en garde à quelqu'un, a été brûlée dans un incendie, ou s'eſt perdue durant la guerre, ou par quelque accident imprévu, & qu'il demande à faire preuve de toutes ces choſes par témoins ; perſonne ne doute que la preuve de ces faits par témoins ne doive être admiſe, parce que c'eſt un cas fortuit, qui ne tombe point ſous la convention, & qui ne peut être prévu, & lequel, par conſéquent, n'eſt point ſujet à l'ordonnance.

5. Mais il faut, en ce cas, ne recevoir qu'avec beaucoup de prudence la dépoſition des témoins, qui ne doit faire foi qu'en ce qu'ils dépoſent de la perte du titre en queſtion ; car ſi le témoin dépoſe ſeulement qu'il a autrefois aſſiſté à la paſſation du contrat, & qu'il en rapporte diſertement les clauſes & les conventions, ou s'il aſſure qu'il a vu pluſieurs fois ce titre, & en a lu les conven-

---

teſtium probationem admittendam eſſe : ità tamen ut de amiſſione inſtrumentorum tantùm probatio concedatur, & non ſimpliciter de inſtrumentorum tenore.

4. Exempli gratiâ : Caïus allegat in lite, Titium certum fundum centùm aureis ſibi vendidiſſe, & ex eâ venditione inſtrumentum confectum fuiſſe : ſed cùm bellorum, aut peſtis injuria inſtrumentum illud, vel inſtrumenti protocollum, in aliquo loco, vel domo, cum multis aliis depoſitum, ſeu cuſtodiæ datum fuiſſet, incendio, bello, aut alio quovis fortuito caſu ablatum, amiſſum, vel conſumptum dicit, & hæc omnia teſtibus probare contendit. Nemini certè dubium eſt hanc probationem recipi debere, cùm ſit caſus fortuitus, qui extrà hominum pacta ſemper verſatur, nec ab omnibus prævideri poteſt, *a* ideòque huic legi non ſubjicitur.

a *L. Quæ fortuitis, C. de Pign. act. & l. Contractus, de R. g. duo.*

5. Sed cautè dijudicanda eſt in iſto caſu teſtium depoſitio, cujus præcipua vis conſiſtere debet in amiſſionis teſtificatione : nam ſi diceret tantùm, ſe olim adfuiſſe contractûs celebrationi, & ejus pacta diſertè enumeraret ; vel aſſereret ſe vidiſſe & legiſſe multoties inſtrumentum,

rions qui y ſont inſérées, & qu'il ne parle point du fait qui concerne la perte de ce contrat, ou qu'il n'en parle qu'en termes vagues & généraux, il n'y a point de doute que ſa dépoſition ne ſoit de nulle conſidération, à cauſe de la prohibition de cette ordonnance ; c'eſt pourquoi ceux qui prétextent la perte d'un titre par fraude pour avoir occaſion d'en prouver la teneur par témoins, ne doivent pas être écoutés, parce qu'ils contreviennent à cette ordonnance : il faut donc que le témoin dépoſe préciſément de la perte du titre, & qu'en même tems il dépoſe de ce qui y étoit contenu ; en telle ſorte qu'il paroiſſe évidemment quel étoit ce titre qui a été perdu ; & ainſi il doit dépoſer conjointement du cas fortuit qui a cauſé la perte, & de la teneur de l'inſtrument ; & alors on ne pourra oppoſer la maxime, que ce *qui n'eſt pas permis directement, ne le doit pas être indirectement ;* car ce que l'on permet directement en cette rencontre, eſt la preuve par témoins du cas fortuit ; &, par conſéquence ſeulement, la preuve de la teneur du titre, qui n'eſt qu'acceſſoire du fait de la perte, leſquels deux faits ſont tellement inſéparables, que du moment qu'on a permis la preuve de l'un, il faut néceſſairement permettre la preuve de l'autre, qui autrement ne ſeroit pas permiſe, comme on le permet ſouvent en droit par une eſpece d'équité.

6. Ainſi eſt-il dans le cas de la perte d'un teſtament,

---

omneſque ejus conventiones, de amiſſione autem inſtrumenti nihil diceret, aut ſaltem ſubobſcurè de hâc loqueretur, adeò ut nihil concluderet ad inſtrumenti amiſſionem, non eſt dubium tale teſtimonium nullius fore momenti, obſtante hâc lege regiâ. Itaque qui doloſè prætexunt inſtrumenti amiſſionem, ut teſtibus inſtrumenti tenorem probare poſſint, nihil agunt, cùm fraudulenter in legem iſtam committant. *a* Debet ergò teſtis diſertè de caſu amiſſionis teſtificari, nec tamen tenorem inſtrumenti teſtificando omittere, ut certò liqueat cujus inſtrumenti amiſſio & perditio facta fuerit ; & ità conjungere debet caſum fortuitum, cum tenore inſtrumenti. Nec tunc obſtabit theorica illa, quod directò non licet, nec per indirectùm permittitur : nam quod hîc directò permittitur, caſus eſt fortuitus, qui à legibus, probari teſtibus conceditur ; *b* deindè tenor inſtrumenti qui acceſſorius eſt ad caſum amiſſionis, imò tàm neceſſarius, ut uno dato, & aliud concedi neceſſe ſit : quod aliàs, ceſſante primo caſu, non concederetur, ut ſæpè juris æquitate introductum eſt.

6. *c* Ut ecce, in teſtamento amiſſo, à fure ſubtracto : nam quamvis

qui

a Dict. L. Contrà, ff. de Legibus.

b L. Quæ fortuitis, C. de Pignor. L. Sicut iniquum junct. l. ſeq. C. de fid. inſtr.

c L. Teſtium facilitatem in fin. C. de Teſtibus.

qui a été perdu & soustrait par quelqu'un ; car, quoiqu'en pays de droit écrit, pour la forme d'un testament solemnel, le nombre de sept témoins soit requis, néanmoins pour prouver la soustraction & le vol de ce testament, il suffira de la déposition de deux témoins, lesquels deux témoins, en déposant de la teneur & de la solemnité du testament, prouveront indirectement qu'il a été signé des sept témoins qui y sont requis. Qu'il demeure donc pour constant, en ce cas, que la perte d'un titre se peut prouver par témoins, &, par conséquent, la teneur du titre, en observant ce qui a été dit ci-dessus, & non autrement ; & quand on dit que la perte d'un titre peut être prouvée par témoins, cela doit s'entendre de tous les cas fortuits, ou lorsqu'il y a force majeure, soit que cette perte soit arrivée par incendie, naufrage, guerre, incursion de voleurs, pillage de maisons, & autres cas imprévus.

7. J'estime qu'il faut dire la même chose à l'égard des titres effacés & corrompus par le tems, par l'humidité des lieux où ils ont été serrés en tems de guerre, ou en quelque nécessité pressante, ou qui ont été mangés des rats, ou autres vermines, & autres cas dont il est parlé en droit, desquels titres ainsi effacés, la vérification se doit faire, en les représentant devant le juge ordinaire ; car je crois que, dans tous ces cas, la preuve par témoins

---

testium solemnitas nonnisi septem testibus directò probari possit, *a* tamen furtum, vel subreptionem testamenti, duobus testibus probare potero : qui duo, de tenore & solemnitate testamenti testificantes per indirectùm, probabunt septem testium testificationem. *b* Sit ergò expeditus casus iste, testibus nimirùm probari posse amissionem, & per consequens tenorem instrumenti, observatis tamen his quæ jam dicta sunt, aliàs non. Et sub verbo amissionis, intelligo omnes casus fortuitos, omnemque vim majorem, ut incendia, naufragia, bella, incursus latronum, depræ dationes, expilationes domorum, & alia ejusmodi ad casus fortuitos pertinentia. *c*

7. Idemque judicandum censeo de obliterationibus & deletionibus, quæ aut vetustate, aut injuriâ temporis, aut locorum humiditate, quibus instrumenta sæpè reconduntur, aut propter metum bellorum, aliarumve necessitatum, aut erosione à blattis muribusque factâ contingunt, aliisque similibus instrumentorum consumptionibus fortuitis, de quibus, multis juribus fit mentio, *d* & quorum verificatio coràm judice ordinario fier.

a *L. Hâc consultissimâ, C. de testamentis.*

b *L. Non idcircò, eod. l. 1, §. Sufficit, ff. de Bon. possess. secund. tabul.*

c *Totâ ser. L. 1, ff. de Pos.*

d *In cap. Licèt, ext. de crim. falsa. Si unus, C. de test. l. penult. ff. de His quæ in test. delent. Cap. Cum venerabilis, extr. de religios. dom. Specul. in §. Restat de instr. edit.*

eſt admiſſible, par la même raiſon d'équité, pourvu que les témoins dépoſent qu'ils ont autrefois vu, lu, ou entendu lire le titre en queſtion ; qu'ils ſe ſouviennent de ce qu'il contient, & que depuis ils ont vu ce titre s'effacer & uſer par le tems, & qu'ils affirment que celui qui leur eſt repréſenté, eſt le même qu'ils ont autrefois vu, lu, ou entendu lire, & lequel on ne peut plus lire alors.

8. Mais on demande comment ſe doit faire cette preuve de la perte d'un titre ; ſçavoir s'il faut préciſément que les témoins dépoſent qu'ils ont été préſens lorſque le titre en queſtion a été pris, ou lorſqu'il a été brûlé par l'incendie qui eſt arrivé, ou lorſqu'il a été déchiré par les voleurs, ou autres perſonnes, ou s'il ſuffit qu'ils dépoſent, en termes généraux, de la perte qui en eſt arrivée ? Je réponds que la maniere de faire cette preuve a été fort bien expliquée par Cynus, par Bartole, & par les autres docteurs, qui diſent qu'il n'eſt pas néceſſaire que le témoin dépoſe préciſément de la maniere en laquelle la perte eſt arrivée ; mais qu'il ſuffira qu'il dépoſe qu'il a autrefois vu le titre en queſtion, & qu'il en a lu, ou entendu lire le contenu, & qu'il a appris, & ſçait le lieu où celui au profit duquel il étoit, avoit coutume de ſerrer ſes autres papiers, & que depuis il a vu la maiſon où étoient ces

---

a *Cap. Inter dilectos, & cap. fin. extr. de fid. inſtr.*

b *Accurſ. in L. Sicut in verbo facil., C. eod. & d. l. Teſtium, C. de teſtib.*

c *In dict. l. Teſtium & in l. Si de poſſeſſione, C. de Probat.*

d *In dict. l. Sicut iniquum, C. de fid. inſtr. & in l. Quoties de naufrag. lib. 11, C.*

e *In auth. Si quis in aliquo, C. de Edend. & in l. g. Emancipatione, Cod. de fide inſtr.*

ſolet ; *a* nam de his omnibus, probationem teſtibus facere licere, eâdem æquitatis ratione puto, ſi modò teſtes ſe inſtrumentum integrum aliàs vidiſſe, & legiſſe, aut lectum audiviſſe, tenorem ipſius recenſentes, deponant ; *b* & idem inſtrumentum poſteà eraſum, obliteratum, & conſumptum injuriâ temporis, vidiſſe ſe teſtificentur, ac ratiocinentur concluſivè unum & idem eſſe corpus inſtrumenti, quod olim legebatur, nunc verò legi non poteſt.

8. Sed qualitèr probari debeat inſtrumenti amiſſio, & an teſtes deponere debeant in ſpecie, ſe vidiſſe inſtrumentum de quo agitur, ſubripi, cremari, aut dilacerari à prædonibus, aliiſve hujuſmodi hominibus ? an verò ſufficiat in genere, de inſtrumentorum omnium amiſſione teſtificari ? Reſpondeo, probationis iſtius formam à Cyno, *c* Bartol. *d* & doctoribus *e* optimè traditam eſſe, non ut in ſpecie inſtrumentum, de quo agitur, ſubreptum eſſe neceſſe ſit dicere ; ſed ſufficiet, ſi teſtis dicat ſe olim vidiſſe inſtrumentum, & ejus tenorem legiſſe, audiviſſe, aut percepiſſe, & ſcire, quo loco dominus inſtrumenti, omnia ſua inſtrumenta condere ſolebat, ac nupèr vidiſſe domum, & locum, in quo erant inſtrumenta, incendio flagrantem, vel à præ-

papiers, périr par un incendie, ou qu'il l'a vu piller par gens de guerre, ou par des voleurs, & que l'endroit où étoient ces papiers a été forcé, & les papiers pris, dispersés, déchirés, ou brûlés; ensorte qu'il est vraisemblable que le titre dont il s'agit, qui étoit avec les autres titres dans ce lieu-là, a aussi été pris, déchiré ou brûlé avec les autres: voilà quelle doit être la preuve qui peut faire foi de la perte du titre, qui résulte de deux faits; sçavoir de ce que le témoin dépose connoître le lieu où celui qui allégue cette perte avoit coutume de serrer ses papiers, & de ce qu'il a vu l'incendie ou le pillage qui a été fait de cette maison où étoient ces titres; & c'est par-là que les juges ont accoutumé de se déterminer en ces rencontres.

---

donibus aut belligeris domum captam & deprædatam fuisse, locumque instrumentorum effractum, & instrumenta capta, fracta, dispersa, aut flammis tradita, ità ut verisimile sit instrumentum, de quo agitur, & quod dominus eodem loco condere solebat, cum cæteris deperditum fuisse. Hæc est probatio, quæ necessariò concludit instrumenti amissionem, ex his videlicèt duobus extremis, scientiâ loci, in quo instrumentum recondi solebat, & visu incendii vel deprædationis domûs seu loci instrumenta continentis. Et ità ab omnibus judicibus semper observatum fuit.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XV.

SOMMAIRE.

1. *Une seule question dans ce Chapitre, touchant la perte des titres par cas imprévus, ou par l'antiquité.*
2. *La décision de Boiceau est conforme aux deux T. du D. & du Code sur ce sujet. Raison de cette jurisprudence, rendue par Péréfius.*
3. *De quelle maniere les témoins doivent déposer en ce cas, suivant Bartole & Paul de Castres.*
4. *Ce qu'il faut faire, quand les témoins manquent.*
5. *Dans les questions d'état, la perte du titre ne peut nuire.*

6. *Avis de Péréſius, quand les titres commencent à s'uſer par le tems.*

7. *Quel eſt notre uſage, quand un titre eſt perdu.*

8. *Diſtinction de M. Cujas, pour ſçavoir quand la preuve par témoins eſt requiſe ou non.*

9. *Explication de la loi* 5, C. de Fide inſtrum.

10. *La preuve de la perte du titre ne ſuffit pas, ſi l'on ne prouve la teneur du titre.*

11. *Explication de ce que dit M. Cujas en cet endroit.*

12. *Déclaration de Henri III ſur la perte des titres des eccléſiaſtiques, étendue à toutes ſortes de perſonnes par la vérification qui en fut faite en parlement, & la preuve par témoins permiſe en ce cas.*

13. *Cette juriſprudence obſervée même dès le commencement de la monarchie, ſuivant ce qui eſt rapporté dans les Formules de Marculphe.*

14. *Arrêts qui ont jugé que cette preuve ne devoit avoir lieu que quand on articuloit que la perte étoit arrivée par ruine, incendie, naufrage.*

15. *Cette preuve doit être admiſe dans le cas de ſouſtraction de piéces.*

16. *Arrêts contraires ſur ce ſujet.*

17. *Quand on a conclu à la reſtitution d'un dépôt, on ne peut enſuite articuler la ſouſtraction pour obtenir la preuve.*

18. *Queſtion ſur l'article* 455 *&* 588 *de la Coutume de Normandie, traitée par Baſnage, au ſujet de la perte d'un titre de propriété.*

19. *Si la perte du titre d'une communauté d'habitans de droits d'uſage, peut être prouvée par témoins.*

20. *Il n'eſt néceſſaire, en ce cas, de juſtifier de la teneur du titre, parce que la poſſeſſion vaut titre.*

21. *Arrêts dans le cas de la perte d'une contre-lettre.*

22. *On eſt diſpenſé à préſent de rapporter le titre de l'inféodation des dixmes.*

23. *Si, quand les regiſtres de baptême ſont perdus, on peut ſe ſervir de la preuve par témoins;* idem, *des extraits mortuaires, & actes de célébration du mariage.*

24. *Preuve par témoins de la perte du titre, eſt de droit.*

25. *Cette preuve eſt auſſi permiſe en Flandres au demandeur.*

26. *De la ſouſtraction d'une piéce, & ſi on eſt obligé d'en prouver la teneur.*
27. *Carpanus prétend que Napodanus, commentateur de la coutume de Naples, a erré ſur la queſtion de ſçavoir ſi, à Naples, cette preuve eſt permiſe à l'égard d'un contrat de mariage qui a été perdu.*
28. *Explication de l'opinion de Napodanus.*
29. *Lequel admet la preuve par témoins, dans le cas de la perte d'un contrat de mariage.*
30. *Vincentius Brilla dit qu'elle a lieu auſſi pour la preuve de la réception des ordres ſacrés.*
31. *De Seſſe admet auſſi la preuve par témoins de la perte des contrats de mariage en Portugal*
32. *Statut de Bologne, concernant la même queſtion.*
33. *De la perte arrivée par cas fortuit.*

1. BOICEAU examine une ſeule queſtion dans ce Chapitre, touchant la perte des titres, ſoit par cas fortuit, ſoit par la longueur du tems qui les uſe & les conſomme.

2. Les deux titres du Digeſte & du Code, *de fide inſtrum. & amiſſione rerum*, décident, comme dit Boiceau, que la preuve eſt reçue par témoins, quand l'acte a été perdu par cas fortuit; & cette perte ne doit pas nuire à celui qui l'allégue, parce que, comme dit fort bien Péréſius, ſur ce titre, au Cod. l. 4, l'écriture n'eſt pas de l'eſſence de la convention; mais on rédige les conventions par écrit, afin qu'il ſoit plus aiſé de prouver qu'elles ont été faites.

Page 159. *Non inſtrumentis res geritur, ſed ideò conficiuntur inſtrumenta, ut res geſta facilius probetur.*

3. Bartole & Paul de Caſtres, ſur la loi 5 au Code *de fide inſtrum.* décident que quand on allégue la perte d'un titre, il faut que les témoins dépoſent de ce que contenoit ce titre; qu'ils l'ont vu & lu, & qu'il étoit en bonne forme.

4. Mais ſi les témoins manquent, il faut avoir recours à d'autres conjectures, dit Péréſius, *ibid. n.* 29, ſuivant la loi 4 de ce même titre, qui dit que ſi le débiteur du fiſc a payé, & à perdu ſa quittance, il doit avoir recours aux regiſtres du fermier des deniers publics, dans leſquels le payement doit être énoncé, & que ce fermier eſt tenu de

lui communiquer [*] ; ce qui a lieu, à plus forte raiſon, quand ce fermier n'a pas coutume de donner des quittances, mais ſeulement d'écrire ce qu'il reçoit ſur ſon livre.

5. La loi 6, *ibidem*, décide auſſi que, quoiqu'une perſonne ait perdu les titres qui pouvoient établir ſon état, il n'en ſouffre aucun préjudice, pourvu qu'il puiſſe le prouver par quelqu'autre maniere que ce ſoit; car la perte des actes ne peut nuire à la vérité : *Actorum namque interitu veritas convelli non ſolet;* ainſi l'état d'une perſonne n'eſt point ſujet à aucune preſcription, quand la vérité paroît au contraire [**].

6. Péréſius, au même endroit, conſeille, lorſque les titres viennent à s'uſer & à ſe corrompre par le tems, d'en faire faire des copies, & de les faire collationner par le juge pour ſervir d'originaux; mais le juge ne le doit faire qu'après qu'ils lui auront été repréſentés, & après avoir vu qu'ils ſe gâtent.

7. Suivant notre uſage, ſi l'acte qui a été perdu, eſt paſſé devant notaire, on ne peut en lever une ſeconde expédition, ſans appeller la partie intéreſſée, ſuivant l'article 178 de l'ordonnance de 1539. Maſuer, T. 18, nomb. 17, dit

Joan. Conſtant. ſur cet art. 178 de l'ordonnance, dit que ſi le notaire a

[*] Il y a deux ſortes de titres; les primordiaux, & les récognitifs.

Comme il arrive très-ſouvent que l'on eſt hors d'état de produire le titre primordial, qui eſt perdu ou détruit, les titres récognitifs ont coutume d'y ſuppléer.

Dumoulin, ſur l'art. 8 de la Coutume de Paris, n. 87 & ſuivans, diſtingue deux eſpeces de titres récognitifs, ou reconnoiſſances; celles qui ſont dans la forme qu'il appelle *ex certâ ſcientiâ*, ou *in forma ſpeciali & diſpoſitivâ*, & celles qu'il appelle *in formâ communi*.

Les reconnoiſſances *ex certâ ſcientiâ*, ſont celles où la teneur du titre primordial eſt relatée. Ces reconnoiſſances ont cela de particulier, qu'elles équipollent au titre primordial, au cas qu'il fût perdu, & en prouvent l'exiſtence contre la perſonne reconnoiſſante, pourvu qu'elle ait la diſpoſition de ſes droits, & contre ſes héritiers & ſucceſſeurs, & diſpenſent, par conſéquent, le créancier de le rapporter, dans le cas auquel il ſe trouveroit perdu.

Les reconnoiſſances *in formâ communi*, ſont celles où la teneur du titre primordial n'eſt pas relatée. Ces reconnoiſſances ſervent ſeulement à confirmer le titre primordial, & à interrompre la preſcription; mais elles ne confirment le titre primordial, qu'autant qu'il eſt vrai : elles n'en prouvent point l'exiſtence, & elles ne diſpenſent pas le créancier de le rapporter.

Néanmoins, s'il y avoit pluſieurs reconnoiſſances conformes, dont quelques-unes fuſſent anciennes, ou même une ſeule ancienne, & ſoutenue de la poſſeſſion, ou de quelques autres adminicules, elles pourroient équipoller au titre primordial, & diſpenſer le créancier de le rapporter; ce qui a lieu, ſur-tout lorſque le titre primordial eſt très-ancien.

[**] Nous examinerons cette queſtion plus bas, en parlant des queſtions d'état.

auſſi que les inſtrumens (qu'il appelle *perpétuels*,) peuvent être regroſſoyés de l'ordonnance du juge, s'il y a légitime occaſion, & que celui à qui ils appartiennent, affirme par ſerment les avoir perdus [*].

perdu ſa minute, après en avoir délivré une expédition, il peut aſſigner la partie à la-

[*] Il faut d'abord diſtinguer deux ſortes de copies ; celles qui ont été tirées par une perſonne publique, & celles qui n'ont pas été tirées par une perſonne publique. Il faut encore, à l'égard des premieres, en diſtinguer trois eſpeces, 1° celles qui ont été faites par autorité du juge, partie préſente, ou dûement appellée ; 2° celles qui ont été faites ſans autorité du juge mais en préſence des parties ; 3° celles qui ont été faites ſans préſence des parties, & ſans qu'elles y aient été appellées de l'autorité du juge.

La copie qui, en conſéquence de l'ordonnance du juge, eſt tirée ſur l'original par un officier public, ſoit en préſence des parties, ſoit en leur abſence, après qu'elles ont été ſommées de s'y trouver, eſt une copie qu'on appelle *copie en forme*. Lorque l'original vient à ſe perdre, elle fait la même foi contre les parties qui y ont été préſentes, ou ſommées de s'y trouver, & contre leurs héritiers & ſucceſſeurs, que feroit l'original même. Dumoulin, ſur l'art. 8 de la Cout. de Paris, gloſ. 1, n. 37.

Lorſque ces copies ſont encore nouvelles, il faut prouver que les formalités requiſes, telles que l'ordonnance du juge, & l'aſſignation donnée aux parties, ont été obſervées. Cette preuve ne ſe peut faire par témoins ; mais on doit rapporter l'ordonnance du juge, & les aſſignations. Lorſqu'elles ont une ancienneté de dix ans, l'énonciation de ces formalités eſt une preuve ſuffiſante qu'elles ont été obſervées ſuivant cette régle : *In antiquis enunciativa probant.*

A l'égard des perſonnes qui n'ont été ni préſentes ni appellées, ces copies ne font que la même foi que celles faites ſans partie préſente ni appellée, ſelon Dumoulin, *ibid.*

Les copies faites en préſence des parties, mais ſans l'autorité du juge, quoiqu'elles ne ſoient pas proprement *copies en forme*, ne laiſſent pas d'avoir le même effet entre les parties qui y ont été préſentes, leurs héritiers ou ſucceſſeurs, que les copies en forme. Elles tirent de la convention des parties leur autorité : il ſuit de-là qu'elles n'en peuvent avoir dans les choſes dont il n'eſt pas au pouvoir des parties de convenir, & dont ces parties n'ont pas la diſpoſition.

Les copies faites ſans préſence des parties, & ſans qu'elles aient été appellées par autorité de juſtice, ne font pas ordinairement une preuve entiere, contre elles, de ce qui eſt contenu dans l'original, dans le cas où il ſeroit perdu. Cette copie fait ſeulement un indice, ou un commencement de preuve par écrit, qui peut faire admettre la preuve teſtimoniale, pour ſuppléer à celle qui manque à cette copie. Ce qui a lieu, ſoit qu'elle ait été tirée par ordonnance du juge, ou ſans ſon ordonnance. Il faut excepter les anciennes copies qui font foi contre tous, à défaut de l'original, parce qu'elles énoncent qu'il y a eu un original en régle, & que *in antiquis*, &c. Hors les cas des matieres qui n'admettent que la poſſeſſion centenaire, à l'égard deſquelles un acte n'eſt réputé ancien, que lorſqu'il paſſe cent ans ; dans toutes les autres matieres, les actes ſont réputés anciens, lorſqu'ils paſſent trente ou quarante ans.

Les inſinuations ſont des copies de la claſſe de celles qui ſont tirées par un officier public. Nous avons vu ci-deſſus, chap. 11, quelle foi elles pouvoient faire.

Les copies, qui ne ſont pas tirées par un officier public, ſont celles qu'on appelle abſolument informes : elles ne forment aucune preuve, quoiqu'anciennes ; elles ne peuvent tout au plus que former un indice très-leger.

La copie tirée ſur une précédente copie, *ſervato juris ordine*, fait la même foi qu'auroit pu faire la précédente copie. Quelquefois cependant elle ne fait pas la même preuve, quoique contre la même perſonne, qu'auroit fait la précédente copie ; ce qui a lieu, lorſque la perſonne à qui on l'oppoſe, n'avoit pas

quelle il l'a délivrée, pour en tirer une copie, qui lui tiendra lieu de minute; & suivant l'opinion de Balde, *tantam fidem facit tale assumptum, quantum originale.*

8. M. Cujas, sur le T. 21, Code *de fide instrum.* distingue, pour sçavoir quand la preuve par témoins est requise ou non, en ce cas. Si, dit-il, dans l'affaire dont il s'agit, il n'étoit pas nécessaire de faire aucun acte par écrit, il n'est pas nécessaire de prouver que l'acte a été perdu, s'il y a d'autres preuves suffisantes du fait, suivant la loi 5 de ce titre;

9. Car cette loi ne dit pas qu'il faut prouver que le titre a été perdu, mais que les créanciers doivent se plaindre de cette perte, & prouver par d'autres conjectures le fait dont il s'agit.

10. Mais dans le cas où l'écriture n'étoit pas nécessaire, si néanmoins il a été fait un acte par écrit, & que cet acte ait été perdu, quoique la perte en soit prouvée, ce ne sera encore rien faire, s'il n'y a d'autres preuves de tout ce qui a été convenu dans cet acte; ce qui est confirmé, dit-il, par la loi 3 de ce titre, qui marque expressément, que quoiqu'il y ait preuve que le titre a été perdu, cette preuve est inutile, si ceux qui en déposent n'ont point connoissance de la teneur de l'acte. M. Cujas ajoûte ensuite qu'il suffit de prouver que la chose en question a été faite, quoique l'on n'ait pas prouvé que l'acte en ait été perdu.

11. Mais il n'entend parler, en cet endroit, que des cas où l'écriture n'est pas nécessaire pour prouver le fait dont il s'agit; car il dit un peu après, que quand l'écriture est nécessaire, si l'acte en est perdu, il faut prouver cette perte, & la teneur tout ensemble.

12. M. le Prestre, Cent. 1, ch. 60, cite à ce sujet l'édit de 1580, article 29, par lequel, sur la plainte faite par les ecclésiastiques à Henri III de la perte de leurs titres, soit par l'injure des tems, soit par les guerres, il leur fut permis de justifier à l'avenir leurs droits par l'exhibition des anciens baux, comptes, & autres piéces, & par informations faites, parties appellées, sans que les détenteurs de leurs biens pussent alléguer autre prescription que celle de droit, non compris le tems des troubles survenus

les mêmes raisons de contester l'original, lorsqu'on a tiré avec elle la premiere copie, qu'elle a de le contester, lorsque l'on a fait tirer la seconde. Voyez Dumoulin, *loco cit.* n. 34.

en

en 1561. Il remarque que la cour, en vérifiant cet édit, étendit sa disposition à toutes sortes de personnes, & que, par conséquent, la preuve par témoins est reçue en ce cas, suivant la loi *Testium fragilitatem, C. de Testibus*, nonobstant l'ordonnance de Moulins, parce qu'autre chose est de prouver qu'une telle somme nous est dûe; autre chose est de prouver que le titre par lequel elle nous est dûe, s'est perdu, (ce qui est un fait;) & en ce cas, il dit que le témoin doit déposer de la perte du titre, & de ce qu'il contient.

13. On peut ajoûter que cette jurisprudence a été observée, en France, de tout tems; car dans les Formules de Marculphe il s'en trouve une qui s'intitule: *Præceptum quorum ab hostibus vel alio modo instrumenta incensa;* cette Formule marque qu'en ce tems-là l'on prenoit des lettres du roi, *Quæ erant omnium instar*, dit M. Bignon, & que ce n'étoit pas assez de prouver que le titre étoit perdu, mais qu'il falloit prouver ce qui étoit contenu dans ce titre.

14. Cependant il y a des arrêts qui ont jugé indistinctement, que quand on n'articule pas que la perte du titre est arrivée par cas fortuit, comme par ruine, incendie ou naufrage, la preuve par témoins n'en est pas recevable; mais ce seroit suivre la loi trop à la lettre dans une matiere d'équité, si cette jurisprudence étoit observée si exactement; & quoiqu'il soit vrai que ce n'est que dans ce cas où la loi *Sicut iniquum est*, admet la preuve, & qu'elle ne parle que de l'incendie, cette loi a néanmoins été étendue à tous les cas fortuits qui peuvent arriver, suivant la loi *Quæ fortuitis, C. de pigneratitiâ Actione* [*]. Boniface, T. 1, part. 1, l. 8, ch. 8.

15. Il est certain aussi qu'en cas de soustraction de piéces, on ne peut se défendre d'admettre cette preuve,

[*] M. Potier, *loco cit.* part. 4, ch. 2, art. 6, pense que, pour que le juge puisse admettre cette preuve, il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la perte des titres qui formoient la preuve littérale, soit constant. Si celui qui demande à être reçu à la preuve testimoniale, allegue seulement qu'il a perdu ses titres, sans qu'il y ait aucun fait de force majeure constaté, par lequel il les ait perdus, il ne peut être reçu à la preuve testimoniale que ces titres ont existé. Autrement l'ordonnance, qui défend la preuve par témoins pour prévenir la subornation des témoins, deviendroit illusoire; car il ne seroit pas plus difficile à quelqu'un qui voudroit faire la preuve par témoins, de quelque prêt, ou de quelque payement qu'il n'auroit pas fait, de suborner des témoins qui diroient qu'ils ont vu entre ses mains des obligations ou des quittances, comme d'en suborner qui diroient qu'ils ont vu compter l'argent.

parce qu'on préſume que cette ſouſtraction ne s'eſt pu faire que par violence ou par dol, qui ſont exceptés de l'ordonnance, parce que le dol & la violence approchent de la nature des crimes.

16. Soëfve, Cent. 3, chapitre 57, rapporte pourtant un arrêt du 17 Janvier 1651, à ce ſujet, qui débouta de la preuve par témoins qu'on demandoit permiſſion de faire de la ſouſtraction d'un teſtament; mais cet arrêt peut avoir eu pour motif des circonſtances particulieres [*]; & il y en a peu ſur cette matiere qui puiſſent faire une maxime générale, à cauſe de la diverſité des faits ſur leſquels ils ont été rendus. Les loix Romaines 1, D. l. 37, titre 11, & l. 35, *de Dolo*, ſont préciſes au contraire. L'arrêt rapporté par Bardet, Tome premier, chap. 120, au ſujet de la perte d'une contre-lettre paſſée entre deux freres, lequel n'eut point d'égard à l'enquête faite ſur une pareille demande, eſt ſingulier, & fut rendu ſur ce que la partie qu'on accuſoit de la ſouſtraction, avouoit elle-même que le contrat de vente à elle fait des droits ſucceſſifs de ſon frere, étoit ſimulé en partie, en ce qu'il n'avoit pas payé, comme il étoit marqué, toutes les ſommes qui y étoient exprimées; auſſi la cour jugea le fonds, & caſſa ce contrat de vente comme nul, en ordonnant le partage de la ſucceſſion, comme s'il n'y avoit eu aucun acte.

17. Le même Bardet, liv. 1, chap. 60, rapporte un autre arrêt du 11 Juin 1619, ſur les concluſions de M. le Bret, par lequel il fut jugé, qu'après avoir conclu par la voie civile, à la reſtitution d'un dépôt, on n'étoit plus recevable, (pour prévenir la fin de non-recevoir de l'ordonnance,) à changer de concluſions, & articuler que la piéce avoit été ſouſtraite; ce qui eſt une maxime certaine.

18. Baſnage, ſur l'article 455 de Normandie, parlant de la perte des titres, infere de l'article 588 de cette coutume, qui permet au propriétaire d'un fonds de prouver que ſon contrat de propriété a été vu, lu & tenu; que l'acquéreur doit auſſi être reçu, dans cette coutume, à faire

[*] Nous avons déja dit que, pour pouvoir être admis à la preuve par témoins, il falloit alléguer des faits pertinens & admiſſibles, & qui puiſſent opérer la déciſion de la cauſe; peut-être cela ne ſe rencontroit-il pas dans l'eſpece de cet arrêt.

la même preuve. Il rapporte pourtant des arrêts du parlement de Rouen, contraires sur ce sujet, des 24 Novembre 1618, & Janvier 1623. En effet, puisque la coutume de Normandie n'a parlé que du vendeur, on peut dire qu'elle a tacitement exclus l'acquéreur, suivant la maxime *Expressio unius est exclusio alterius*, les coutumes étant de droit étroit, & le vendeur étant d'ailleurs plus favorable que l'acquéreur.

19. Le Grand, coutume de Troyes, art. 168, titre 10, nombre 9, observe que la perte d'un titre d'une communauté d'habitans, touchant des droits d'usage dans un pâturage en la justice d'autrui, peut aussi être prouvé par témoins, parce que, nonobstant cette perte, il faut toujours en revenir à la vérité. *Non tollis substantiam veritatis.*

20. Et il n'est pas nécessaire, en ce cas, de prouver la teneur du titre, il suffit d'en prouver la perte; car cette preuve, jointe à la possession, vaut titre. Mais dans un autre cas, cette preuve, dit-il, ne doit pas être admise si aisément, comme à l'égard d'un testament & d'un contrat de mariage.

21. Il y a même certains actes dont réguliérement la preuve, quand ils ne sont point rapportés, ne doit pas être permise, à l'effet de détruire ce qui est porté dans un autre; & Basnage, sur la coutume de Normandie, titre du Douaire, rapporte un arrêt du 6 Mai 1661 du parlement de Rouen, qui refusa par cette raison la preuve d'une contre-lettre, par laquelle on prétendoit détruire les clauses d'un contrat de mariage.

22. Quant à l'inféodation des dixmes ecclésiastiques possédées par un laïque, elle ne se peut prouver par témoins; on est dispensé d'en rapporter le titre, en alléguant l'inféodation avant le concile de Latran, & justifiant la possession immémoriale, par aveux & dénombremens, ou par des baux à ferme. Il en est de même de l'union de deux bénéfices: on n'est plus obligé de rapporter le titre d'union, pourvu qu'on allégue qu'elle a été faite avant le concile de Constance, tenu en 1414; il suffit de prouver qu'on a joui des revenus des deux bénéfices confusément, par des baux, ou autres actes authentiques.

23. Enfin, quand on ne rapporte pas l'extrait baptistère

ou mortuaire, [& l'acte de célébration du mariage en forme, ſuivant l'art. 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, il faut articuler la perte des regiſtres ; & cette perte ſe peut auſſi prouver par témoins ; ce qui ſera examiné dans la ſuite, en expliquant l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins.

L'article 21 de l'édit perpétuel, qui concerne auſſi la preuve de la tonſure, du vœu monachal & de la réception aux ordres ſacrés, permet, en Flandres, d'en faire la preuve par témoins, dans les cas de la perte des regiſtres.

24. Antonius Anſelmo, ſur cet article, §. 17, dit que cette preuve de la perte d'un titre par témoins eſt de droit : il cite Lanfrancus *de Oriano*, *cap. Quoniam*, *n.* 10, *de Probat.* & les docteurs, ſur la loi *Sicut*, *& l. Emancipatione*, *C. de Fide inſtr.* & ſur le chapitre *Olim* 10, *de Privil. & l. Si quis ex argentariis*, §. *penult. ff. de Edendo.*

25. Ce qui a lieu auſſi quand le demandeur a perdu quelque acte, & intenté action ſur ce fondement ; car c'eſt à lui à prouver qu'il a effectivement fait cette perte.

26. Et §. 20, il ajoûte que, quand il s'agit de la ſouſtraction d'une piéce, en ce cas celui qui l'articule, eſt ſeulement tenu de prouver qu'elle lui a été ſouſtraite, ſans être obligé d'en prouver la teneur, & cite Zazius, *l.* 1, *conſil.* 9, *n.* 19. *l. de Poſſeſſione*, *C. de Probat.* & Cynus & Salicet, & Balde, *in l. Qui accuſare*, *C. de Edendo.*

Carpanus, ſur le ſtatut 88 de Milan, dit auſſi que la la preuve par témoins y eſt reçue, nonobſtant ce ſtatut, quand les actes ont été perdus, & cite Innocent, *C. Cùm olim*, *n.* 2, *de Exceſſ. prælat.* &c.

27. Il obſerve enſuite que Napodanus, ſur le titre 12, *de Inſtr.* des coutumes de Naples ſemble inſinuer que la preuve par témoins n'eſt pas permiſe quand le titre de la conſtitution de dot eſt perdu.

28. Et il eſt vrai que cet auteur, T. *de Jure quartæ*, décide que s'il n'y a point eu de contrat de mariage, & que la veuve demande à prouver que ſon mari a reconnu avoir reçu une dot, & a promis de la lui reſtituer, & obligé tous ſes biens à cet effet, qu'elle n'y eſt point recevable, parce que, quoiqu'elle ne demande point ſa dot

préciſément, mais ſeulement qu'il lui ſoit permis de faire preuve que ſon mari a hypothéqué ſon bien à cette reſtitution, & qu'elle a une hypotheque ſur ſes biens, néanmoins parce que l'hypotheque n'eſt qu'un acceſſoire du principal, qui eſt la conſtitution de la dot, il s'enſuit que, puiſque ſuivant la coutume de Naples, elle ne peut prouver par témoins la conſtitution de dot, elle ne peut auſſi prouver par la même voie qu'elle a hypotheque pour cette dot; mais dans l'eſpece dont il parle, il ne s'agiſſoit point de la perte du titre de la conſtitution de la dot, parce qu'il n'y en avoit jamais eu.

29. Le même Napodanus, au même titre, *de Jure quartæ, in fine*, dit que *ſi introductum*, c'eſt-à-dire le contrat de mariage authentique, eſt perdu, la preuve par témoins en eſt permiſe, nonobſtant le ſtatut qui demande un acte par écrit, en ce cas; ce qu'il prouve par l'exemple d'une autre eſpece où cette preuve a lieu, ſçavoir, quand les proviſions d'un bénéfice données par le pape ont été perdues; car, en ce cas, quoique le pape ordonne aux juges de ſuivre la teneur de ſes premieres proviſions, néanmoins ſi elles ſont perdues, on en peut prouver la teneur par la dépoſition des témoins, qui ont vu & lu les proviſions en leur entier, c'eſt-à-dire ni cancellées ni raturées.

30. C'eſt auſſi le ſentiment de Vincentius Brilla, ſur ce Statut de Naples, §. 19, lequel cite Flaminius, &c. & Maſcard. *de Probat. concl.* 845; ce qui a lieu auſſi, dit-il, même quand il s'agit de prouver la réception des ordres ſacrés, leſquels ſe doivent prouver par l'acte même, ſuivant le concile de Trente, ſeſſion 23, chapitre 6.

31. De Seſſe, *loco citato*, cite auſſi pluſieurs auteurs qui admettent la preuve par témoins, dans le cas de la perte du contrat de mariage, ſuivant les docteurs ſur la loi *Edicto in verb. diſpoſitione, C. de Edicto divi Adriani tollendo;* il cite auſſi Napodanus, ſur la coutume de Naples, titre 9, *verſ. Don. & verſ. Inſtrumenta, D. Talis, n.* 109; Balde, *conſ.* 280, *n.* 7; & Matthæus, *de Afflictis, deciſ.* 274.

32. Le Statut de Bologne, concernant la preuve des payemens, permet la preuve par trois témoins, à l'égard de la dot: *Sub caſu de quo vel quibus debeat ſolvi gabella, vel cujus cognitio ſpectaret ad dominos de gabellâ*, & ajoûte:

Si tale instrumentum notarium amisisse probaretur, eo casu absolutio vel debitum probari potest per tres testes omni exceptione majores. Monterentius, sur le mot *probaretur*, observe qu'il n'est permis qu'à ceux qui ont fait cette perte, & qui sont parties dans l'acte, de faire cette preuve; ce qui ne seroit point permis, dit-il, au notaire: *Quia testes debent produci per partem allegantem casum, & verbum*, Probaretur, *referendum est ad partem*,

33. Il ajoûte aussi, *in verbo amisisses*, que cette preuve n'a lieu, que quand on allégue que la perte du titre est arrivée par un cas fortuit, suivant la loi *Testium, C. de Testibus*, & que si cette perte est arrivée par le fait de la partie qui l'a soustraite; en ce cas, il suffit de prouver ce fait, suivant la loi *Si de Possessione, C. de Probationibus*, sans être obligé d'en prouver la teneur.

CHAPITRE XVI.

Des Testamens, Codicilles, Donations à cause de mort, & autres Actes de derniere volonté.

SOMMAIRE.

1. *Les testamens & dispositions de derniere volonté semblent n'être point compris dans l'ordonnance de Moulins, qui ne parle que des contrats.*
2. *Décisions qu'ils y doivent être compris, parce qu'il y a même raison, notamment dans les testamens noncupatifs.*
3. *Exemple d'une fausseté insigne dans un testament rapporté par Justinien.*
4. *Boiceau dit néanmoins qu'il faut attendre la décision des arrêts sur ce sujet.*
5. *Si, dans la coutume de Poitou, l'ordonnance doit avoir lieu pour les testamens.*
6. *Formalités à observer dans cette coutume pour tester, par lesquelles le testament noncupatif est exclus, aussi-bien que le testament solemnel des Romains.*

7. *L'ordonnance doit avoir lieu dans les legs, & autres diſpoſitions de derniere volonté.*
8. *Exemple d'un legs fait verbalement, dont la preuve fut rejettée.*
9. *Sentiment de Boiceau, que cette déciſion doit avoir lieu dans toutes les Coutumes où il y a de certaines formalités preſcrites pour les teſtamens.*
10. *Trois exceptions de cette maxime où Boiceau admet le teſtament noncupatif; ſçavoir s'il eſt fait en tems de peſte, en tems de guerre, ou s'il n'y a aucun notaire ni curé dans le lieu où le teſtateur eſt malade.*
11. *Et à l'égard des ſoldats, tant qu'ils ſont à l'armée.*
12. *Que le teſtateur doit proteſter, en ce cas, que c'eſt par néceſſité qu'il eſt réduit à faire un teſtament noncupatif.*
13. *Que cela a lieu pour les donations à cauſe de mort, codicilles & legs particuliers.*

1. LE quatrieme article, qui peut faire difficulté au ſujet de l'ordonnance de Moulins, concerne les teſtamens, & toutes les autres diſpoſitions de derniere volonté; car comme cette ordonnance dit ſeulement que de toutes choſes, il faut faire un acte par écrit, il ſemble qu'elle ne devroit pas être étendue aux teſtamens & aux diſpoſitions de derniere volonté, parce que ſous le nom de *contrat*, les teſtamens ne ſont point compris, le droit même en traite ſéparément; & ils ſont beaucoup plus favorables que les pactes, les contrats & les conventions, leſquels ne concernent point en aucune maniere les diſpoſitions de derniere volonté; c'eſt pourquoi ils ſe doivent régler par des maximes toutes différentes.

---

1. QUARTUS articulus, de quo pro hâc lege Molinæâ dubitari poſſet, eſt de teſtamentis, aliiſque ultimis voluntatibus: nempè cùm dicat conſtitutio hæc, de omnibus rebus contractum fieri debere; videretur quòd ad teſtamenta & ultimas voluntates extendi non deberet, cùm appellatione contractuum teſtamenta venire non ſoleant: *a* imò diverſum omninò tractatum in jure habeant, ac longè favorabiliora cenſeantur, quàm pacta, contractus & conventiones, ad ultimam hominum voluntatem nullo modo pertinentes: ideòque diverſo omninò jure cenſeri debeant.

a *L. Verba contraxerunt, ff. de verb. ſignif.*

2. Nonobſtant cela, néanmoins j'eſtime, ſuivant l'eſprit de cette ordonnance, que dans certaines provinces du pays coutumier, elle doit être étendue aux teſtamens, & y doit même être obſervée plus exactement, à cauſe que la ſubornation des témoins eſt plus à craindre, à l'égard des dernieres volontés des hommes, que dans les contrats paſſés durant leur vie, parce que, comme dit le proverbe, *un homme mort ne mord plus ;* car le défunt ne peut objecter aucun reproche contre un faux témoin ; & la connoiſſance de la vérité du fait meurt, en quelque ſorte, avec lui : l'héritier ignore ce que le défunt a fait, & ne peut rendre raiſon de ſes actions ; que pourra donc oppoſer l'héritier à un faux témoin qui affirmera hardiment, avec d'autres témoins auſſi effrontés que lui, qu'il étoit préſent lorſque le teſtateur a diſpoſé de tous ſes biens par un teſtament noncupatif, ou verbal, en faveur d'un étranger, par le moyen duquel teſtament, l'héritier ſe trouve entiérement exhérédé de ſes propres paternels, ou de ceux qui venoient de ſes ancêtres, ſans qu'il lui reſte aucun moyen de découvrir la ſuppoſition de cette derniere volonté du défunt ?

3. Et à ce ſujet Juſtinien, *in authenticâ de Teſtibus*, rapporte une eſpece arrivée en Bithynie, de certains faux témoins, qui, tenant la main de la teſtatrice déja décédée,

---

2. Nihilominùs tamen exiſtimo rationem iſtius conſtitutionis ad ipſas ultimas voluntates, in nonnullis provinciis municipali lege utentibus, extendi debere : imò in his arctiùs obſervandam eſſe, cùm majus ſit periculum, *a* de ſubornandis teſtibus, in morientium voluntatibus, quàm in pactis viventium : nempè (ut ait proverbium) *Homo mortuus non mordet ampliùs :* mortuus enim in falſum teſtem nihil objicere poteſt, & veritatis notio unà cum ipſo mortua videtur : hæres ejus ignorantiæ cauſam habet, & defuncti actiones explicare nequit. *b* Quid ergò faciet in falſiſſimum, & perfrictæ frontis teſtem, qui audacter, cùm cæteris ejuſdem fabricationis teſtibus, teſtificabitur ſe adfuiſſe nuncupativo ſeu verbali teſtamento defuncti : quo, omnia ſua, de quibus diſponere poterat, cuidam extraneo donavit ſeu legavit, adeò ut hæres præſumptus, hâc falsâ ſubornatione, omnium bonorum paternorum vel avitorum exhæres fiat, omninò neſciens quibus technis & artibus hujuſcemodi falſam voluntatis ſuppoſitionem detegat ?

3. Et ad hæc refert Juſtinianus *c* exemplum de quibuſdam falſis teſ-

faiſoien

b Cap. Ubi periculum de elect. in 6.

a L. Qui in alterius, ff. de Reg. Jur.

b In Auth. de teſtib. in princip.

faiſoient ſemblant qu'elle avoit marqué ſur le papier une croix, comme ſi elle eût ſigné.

4. Par ces raiſons, j'eſtimerois que cette ordonnance doit être obſervée plus étroitement à l'égard des teſtamens, qu'à l'égard des contrats, parce que le péril de la ſubornation y eſt plus à craindre : néanmoins comme cette déciſion générale, touchant les teſtamens, pourroit être reçue diverſement, notamment dans le pays de droit écrit, j'eſtime qu'il faut attendre que les arrêts l'aient décidée, pour ſçavoir ſi cette ordonnance a lieu en toute ſorte de pays.

5. C'eſt pourquoi, quant à préſent, il me ſuffira d'examiner ſi elle a lieu en notre province de Poitou, qui preſcrit une forme certaine de teſter, ſi facile & ſi ſimple que celle du teſtament noncupatif & verbal ne peut être plus facile ni plus commode.

6. Car elle dit que pour teſter verbalement, il faut que le teſtament ſoit fait de l'une de ces cinq manieres ; c'eſt à ſçavoir qu'il ſoit écrit, & ſigné de la propre main du teſtateur, ou dicté par lui, & ſigné de lui, en préſence de deux témoins, ou reçu par-devant deux notaires, ou un notaire & deux témoins ; ou ſi ce teſtateur eſt aux champs où il n'y ait point de notaire, qu'il doit être paſſé

---

tibus in Bithyniâ, qui manum cujuſdam jam defunctæ in lecto tenentes, fingebant eam ſignaculum crucis facere.

4. His rationibus putarem, ſanctiùs hanc legis diſpoſitionem pro teſtamentis obſervari debere, cùm in his majus verſetur periculum, quàm in contractibus. Quià tamen deciſio hujus quæſtionis, pro generali teſtamentorum in hoc regno determinatione, & maximè pro patriâ juris ſcripti, nimis varia eſſe poteſt, ſupremorum ſenatuum ſuprema judicia pro univerſali deciſione expectanda eſſe arbitror : quorum arreſta dirimient, an hæc lex regia ad omnia teſtamenta, in quâcunque patriâ pertinere debeat.

5. Itaquè in præſentiâ mihi ſufficiet hæc diſputatio, an locum ſibi vindicare debeat hæc lex, in noſtrâ Pictonum provinciâ ; cujus lex municipalis, *a* expreſſam teſtandi formam nobis præſcripſit, eamquè tam facilem, ut nulla alia verbalis teſtandi forma facilior & commodior videri poſſit.

a Artic. Conſuet. 268 & ſeq.

6. Nam lex noſtra municipalis ait teſtamentum, ut conſiſtere poſſit, unâ ex his formis conficiendum eſſe : nempè quòd aut propriâ manu teſtatoris ſcriptum ſit, & ſignatum ; aut ſit per teſtatorem dictatum, &

devant le curé, ou le vicaire, & deux temoins; desquelles formalités il résulte que le testament noncupatif n'y est point reçu, & cela par deux raisons principales. La premiere, parce que la coutume dit *qu'avant qu'un testament soit réputé bon & valable, il faut qu'il soit écrit;* & ensuite elle explique les cinq manieres, suivant lesquelles il peut être fait; &, par conséquent, elle rejette toute autre forme de testament; car en ayant déterminé une certaine, elle est censée avoir exclus toutes les autres, & quiconque en choisit une qu'elle n'a pas prescrit, est censé disposer au préjudice de la formalité établie par la loi; & ainsi c'est comme s'il n'avoit rien fait. La seconde, parce que cette coutume a abrogé l'ancienne maniere de tester du droit Romain, si difficile, par laquelle il falloit appeller sept témoins citoyens Romains, puberes, capables de tester, lesquels fussent présens, & qui souscrivissent le testament, mâles non suspects, & à ce appellés, & non pas rencontrés fortuitement; ensuite ce testament devoit être scellé du sceau du testateur, & des témoins, s'ils avoient un cachet, sinon ils pouvoient se servir tous du sceau de l'un d'entr'eux; après quoi, le testament devoit être fermé; & après la mort du testateur, il devoit être

---

subsignatum præsentibus duobus testibus; aut à notariis duobus receptum; aut per notarium unicum, cum duobus testibus, confectum; aut, si ruri degat testator, vel testatrix, ubi nulla sit notariorum copia, coram parocho, aut ejus vicario, cum duobus testibus, ordinatum sit. Ex quibus formis, hac lege municipali præscriptis, videntur exclusæ nuncupativæ testationes: idque duabus potissimùm rationibus: primâ, quià consuetudo illa dicit testamentum antequàm valere possit, unâ ex his quinque formis prædictis fieri debere, in his verbis: *Avant qu'un testament soit réputé bon & valable, il faut qu'il soit écrit, &c.* tradendo quinque formas leviſſimas, undè omnes alias formas rejicere videtur: cùm in formis à lege limitativè introductis & coarctatis, præscriptio unius, omnes alias excludat: *a* & contrà legem testari dicatur *b* is, qui aliam sibi formam elegit, ideòque nihil facere videatur: secundâ, quòd hæc municipalis introductio abrogaverit omninò difficilem illam juris scripti testamentorum formam, quæ nonnisi cum septem testibus, *c* civibus Romanis, puberibus, testamenti capacibus, *d* præsentibus, subscribentibus, *e* masculis, *f* non suspectis, rogatis, *g* non fortuitis, fieri debeat; & deindè sigillo testatoris, & testium, si haberent sigilla, *h* (aliàs sigillo alieno uti poterant) testamentum obcludi, & post mortem testatoris, coràm ma-

a *L. Cùm Prætor, ff. de Judic.*
b *L. Nemo potest, de Legat. 1.*
c *L. Hâc consultissimâ, C. de testam.*
d *L. 1, eod.*
e *L. Cum antiquitas, & l. Jubemus eod.*
f *L. Qui testamento. §. Eum qui, ff. eodem.*
g *Auth. Rogati, C. de testib. l. Hæredes, §. Sin. ff. eod. & l. fin. C. de Crnd. indeb.*
h *L. Si unus, C. de testi.*

ouvert devant le magiſtrat, que l'on appelloit *magiſter cenſûs*, & les ſignatures & cachets des témoins reconnus, même dans le teſtament imparfait, qui étoit valable entre le pere & les enfans : il falloit pourtant un certain nombre de témoins, & que les enfans y euſſent ſouſcrit ; & toutes ces formalités ont paru ſi difficiles à obſerver aux rédacteurs de notre coutume, qu'ils les ont abolies, & en ont preſcrit de plus faciles, & même de ſi faciles, que le teſtateur ne peut avoir aucune excuſe valable, s'il n'a pas choiſi l'une ou l'autre de ces manieres de teſter, puiſque, ſoit qu'il ſoit aux champs ou à la ville, il peut trouver par-tout des notaires, ſon curé ou ſon vicaire, pour recevoir ſon teſtament. Celui donc qui fait un teſtament noncupatif ou de vive voix, qu'il fait rédiger par écrit, contrevient à la coutume : bien plus, ſi on rapporte un pareil teſtament dans cette coutume, il eſt ſuſpect de fraude, parce qu'il n'eſt pas fait ſuivant ſa diſpoſition, & ainſi eſt ſujet à l'ordonnance de Moulins, qui n'a été faite que pour prévenir la ſubornation des témoins, & éviter la multiplicité des reproches qu'on peut propoſer contre eux, & cette involution de faits qui en eſt la ſuite ; ainſi il faut imputer au teſtateur de n'avoir pas fait ſon teſtament, ſuivant la loi de ſon pays.

7. Et je crois qu'il faut dire la même choſe de toute

---

giſtro cenſûs aperiri, *a* teſtiumque ſigna & ſigilla recognoſci : imò in imperfectâ teſtandi factione, quæ inter liberos valebat, nonnullus tamen teſtium numerus requirebatur, ipſorumque liberorum ſubſcriptio. *b* Hæc tamen omnia, cùm conſuetudinis noſtræ conditoribus nimiùm difficilia viſa eſſent, idcircò, tantis ſolemnitatibus remiſſis, leviores, imò leviſſimas admodùm introduxit ; adeò ut teſtator juſtam aliquam excuſationis cauſam habere non poſſit, ſi alteram ex iſtis formis non elegerit, aut in urbe, aut ruri, cùm ubique adſit, aut notariorum copia, aut ſcribendi facultas, aut parochi ſeu vicarii evocandi licentia. Committit ergò in legem, qui nuncupatione, vocali aut ſcriptâ teſtamentum condere nititur : imò cùm tale teſtamentum nuncupativum allegatur, falſi ſuſpicione non caret, quod ſecundùm legem non ſit factum, *c* ideòque in rationem hujus legis Molineæ incidere videtur, quæ in teſtium ſubornationes, objectiones, & factorum involutiones facta fuit : imputandumque eſt ipſi teſtatori, quare ſecundùm ſuæ regionis legem teſtatus non ſit.

a *L.* 1, *Quemadmod. teſt. aperiant.*
b *D. L. Hâc conſultiſſimâ.* §. *ult. C. de teſtam.*
c *Arg. L. Non dubiam, C. de Leg.*

7. Et idem judicandum putarem in omnibus aliis ultimis diſpoſitio-

autre ſorte de diſpoſition de derniere volonté, comme d'un codicille, donation à cauſe de mort, ou legs particulier; car j'ai vu alléguer ſouvent tels actes en juſtice, qu'on diſoit avoir été faits verbalement par le teſtateur, en préſence de témoins, qui d'ordinaire étoient ſubornés & corrompus, leſquels actes m'ont toujours paru fort ſuſpects.

8. Et je ſçais même que cela fut jugé ainſi à l'occaſion d'un legs particulier qu'un certain héritier diſoit qui lui avoit été fait par le teſtateur, lequel ayant fait d'abord ſon teſtament par écrit, & légué à un héritier qu'il aimoit, ſes acquêts & ſes meubles, ce ſecond héritier étant ſurvenu, avoit fait enſorte auprès de ce teſtateur, qu'il avoit déclaré en préſence de deux ou trois témoins, qu'il lui remettoit une certaine ſomme qu'il lui devoit, & avoit retranché verbalement quelque choſe de ſa premiere diſpoſition; ce qui fit naître un procès à Poitiers, après la mort de ce teſtateur, pour raiſon de ce dernier legs, contre lequel le premier légataire oppoſoit le teſtament fait, ſuivant toutes les formalités preſcrites par la coutume; & il ſoutenoit qu'il n'avoit point été valablement révoqué par cette diſpoſition verbale faite ſans aucune des ſolemnités requiſes; & il fut jugé ainſi par le ſieur de Lauzon, docteur en droit canon & droit civil, & conſervateur des

---

nibus, ut in codicillis, mortis cauſâ donationibus, legatis, ſeu relictis particularibus: ſæpenumerò enim vidi allegari hæc omnia verbaliter facta, coràm nonnullis teſtibus, ut plurimùm corruptis, & falsò introductis, quæ ideò mihi ſemper ſuſpecta fuere.

8. Et certè ſcio de hoc aliquandò judicatum in quodam particulari legato, quòd hæres quidam contendebat ſibi factum fuiſſe à teſtatore, qui cùm anteà teſtamentum ſcriptis condidiſſet, & cuidam prædilecto hæredi quæſtus & mobilia prælegaſſet: ſupervenions ille ſecundus hæres: ità egit cum eo, ut coràm duobus aut tribus teſtibus rogatis, quædam debita ei donaret, ſeu remitteret, de præcedenti teſtamento nonnulla adimens, ſed verbaliter tantum, & ſine ſcriptis: quo teſtatore mortuo, orta eſt, in hâc Pictavenſi civitate, quæſtio de hoc ultimo prælegato. Contrà quod primus prælegatarius objiciebat, primum teſtamentum ſcriptis factum fuiſſe, & municipali ſolemnitate omni ex parte munitum, & idcircò novâ illâ vocali tantùm ademptione non eſſe revocatum, deficiente præſcriptâ legis ſolemnitate; & ità judicatum fuit à

priviléges de cette univerſité ; ce qui fut confirmé par arrêt de la cour du parlement de Paris.

9. Ainſi, par ces raiſons, j'eſtime que toute autre maniere de diſpoſition que les cinq preſcrites par la coutume, les diſpoſitions de vive voix & noncupatives, doivent être rejettées, ſuivant cette ordonnance, & que la même choſe doit avoir lieu auſſi en autres coutumes, qui ont des diſpoſitions préciſes qui réglent la ſolemnité des teſtamens ; comme celles de Paris, Tours, Metz, Soiſſons, Chartres, Angoulême, & autres ſemblables ; car je crois qu'il n'eſt pas permis de ſe diſpenſer de la forme preſcrite par la loi, en ces mots : *Avant qu'un teſtament*, &c. ſi ce n'eſt qu'il y eût quelque uſage contraire dans ces provinces, ou que les arrêts l'euſſent autrement jugé.

10. J'eſtime néanmoins que cette maxime n'a point lieu en trois cas ; le premier, quand le teſtament eſt fait en tems de peſte ; le ſecond, quand il eſt fait en tems de guerre ; le troiſieme, quand le teſtateur décede dans un lieu où il n'y a ni curé ni vicaire, ni même un ſeul prêtre, ainſi qu'il y a pluſieurs endroits, à préſent, où il ne s'en trouve point ; car dans ces cas, comme ſi en tems de peſte un homme qui en eſt frappé, ne peut trouver un notaire, à cauſe du péril qu'il y a de l'approcher, fait un teſtament

---

doctiſſimo D. F. Lauzonio, J. U. doctore, & privilegiorum univerſitatis hujus conſervatore, & à ſupremo ſenatu confirmatum. *a*

9. Prædictis rationibus, putarem ab his quinque teſtandi formis, inter Pictones, recedi non poſſe, & omnem vocalem diſpoſitionem, ſeu nuncupativam rejiciendam eſſe, ex ratione iſtius ſanctionis. Et ità judicandum exiſtimarem in omnibus aliis regionibus, in quibus eſt præſcripta certa & expreſſa teſtandi forma : ut in Conſuetudine Pariſienſi, *b* Turonenſi, *c* Meldenſi, *d* Senonenſi, *e* Carnutenſi, *f* & Angoliſmenſi, *g* cæteriſque ſimilibus, certam teſtandi formam præſcribentibus ; ab illâ enim formâ à lege coarctatâ, ſub his verbis : *Avant qu'un teſtament*, &c. recedere illicitum puto : *h* niſi modo utendi non ſcripto, aliter uſurpatum & judicatum ſit in dictis provinciis, aut nonnullis earum.

10. Hanc tamen noſtram regulam fallere arbitrarer in tribus caſibus ; primo, in neceſſitate peſtis ; ſecundo, in periculo belli ; tertio, in teſtatore vel teſtatrice ægrotante in loco vel parœciâ, in quâ nullus eſt notarius, nullus parochus, & nullus vicarius, vel ſacrificus, quemadmodùm hodiè nonnullæ ſunt, quæ his omnibus carent. His enim caſibus,

a *Arreſtum lat. an.* 1571, *die* 27 *Jul.*

b *Art. Conſuet.* 96.

c *Art. Conſuet.* 322.

d *Art. Conſuet.* 91.

e *Art. Conſuet.* 82.

f *Art. Conſuet.* 194.

g *Art. Conſuet.* 119.

h *L. Si quando, C. de inofficioſo teſtam. L. Nemo Poteſt. de Legat.* 1.

devant des témoins, à ce exprès appellés, & proteſte que c'eſt par le défaut de curé, vicaire, ou notaire, ce teſtament doit être reçu, parce que la loi diſpenſe des ſolemnités dans ces ſortes de néceſſités publiques.

11. Et il faut dire la même choſe de celui qui eſt dans un camp, ou à l'armée, lequel la loi civile diſpenſe auſſi de la rigueur des ſolemnités ordinaires, à cauſe de la néceſſité preſſante de la guerre. Il en eſt auſſi de même dans le troiſieme cas, quand il ne ſe trouve ni curé, ni vicaire, ni notaire; car dans tous ces cas les loix, & ſur-tout les canons ſe ſont relâchés des ſolemnités qu'ils ont preſcrites, & ſe ſont contentés qu'on en obſervât de plus faciles, comme il eſt vulgaire en droit canon.

12. Mais ceux qui ſe trouveront réduits à cette néceſſité, feront plus à propos, ſi, comme j'ai dit ci-deſſus, ils proteſtent devant les témoins qu'ils font ainſi leur teſtament ſans ſolemnité, faute de curé, de vicaire, ou de notaire, parce que par cette proteſtation ils feront connoître que ce n'eſt point par mépris de la coutume, mais par néceſſité qu'ils ont été obligés de teſter ainſi, laquelle proteſtation, qui marque la volonté de celui qui l'a fait, eſt d'ordinaire de grand poids; & les témoins qui auront été appellés exprès à cet effet, pourront dépoſer de la

---

ſi nimirùm peſte ægrotans, notariis & presbyteris propter imminens peſtis periculum, careat : ſi, inquam, præſentibus teſtibus, ad id expreſsè rogatis, de rebus ſuis diſponat, & de notariorum & curionis defectu proteſtetur, hujuſmodi diſpoſitionem recipi debere arbitror : cùm tales neceſſitates à lege ſoleant excuſari. *a*

11. Et idem dicendum in eo qui militat in caſtris ; cui propter urgentem belli neceſſitatem, lex civilis ſolemnitatum rigorem remittebat. *b* Idem quoque in tertio caſu, quandò ſcilicet deficit tabellionum & ſacrificorum omnis copia. In his enim omnibus, antiquæ leges, & maximè canones, exactam juris ſolemnitatem temperârunt, ut modicâ obſervatione contenti viderentur, quemadmodùm jure canonico vulgatum eſt. *c*

12. Satiùs tamen fecerint ægrotantes, in hâc neceſſitate conſtituti, ſi, ut ſuprà dixi, coràm iiſdem teſtibus proteſtentur verbalitèr, ſe, deficiente omni tabellionum & presbyterorum copiâ, teſtari. Hâc enim animi ſui declaratione oſtendent, ſe non in contemptum legis municipalis, ſed potiùs ob neceſſitatem, ità teſtatos eſſe, quæ atteſtatio declaratoria voluntatis, multùm prodeſſe ſolet ; *d* & de hâc proteſtatione teſ-

a L. Cùm antiquitas, C. de teſt. & not. per Jaſ. poſt. Cyn. & Alber. in I. Hâc conſultiſſimâ. §. Per nuncupationem, cod.

b L. 1 & 2, de milit. teſt.

c Cap. Indicante; cap. Cùm eſſes; cap. Relatum, extr. de teſt.

d Arg. l. Neſennius, ff. de Negot. gest.

vérité de cette proteſtation, parce qu'elle eſt acceſſoire, & eſt réputée de même nature que le teſtament.

13. Ce qui vient d'être dit touchant le teſtament, doit avoir lieu auſſi à l'égard des codicilles, des donations à cauſe de mort & legs particuliers, ſauf toutefois meilleur avis. De tout cela je conclus que les teſtamens noncupatifs n'ont point lieu en cette coutume, ni dans les autres pays coutumiers, & que le teſtament y doit être fait en la forme preſcrite par la loi municipale, & par les notaires, chacun en leur territoire, comme nous avons dit ci-deſſus, qu'il a été jugé par arrêt.

---

tificari poterunt teſtes ità rogati & adhibiti, cùm ſit acceſſoria ad teſtamentum, & ideò ejuſdem naturæ cenſenda.

13. Quòd verò de teſtamentis dictum eſt, idem de codicillis, mortis cauſâ donationibus, legatis particularibus, aliiſque ultimis diſpoſitionibus (ſalvo tamen in his omnibus meliori judicio) putarem obſervandum. Ex his ergò concludo, nuncupativum teſtamentum, in hâc patriâ conſuetudinariâ, & ſimilibus, locum non habere, ſed ſecundùm formam lege municipali præſcriptam, fieri debere, & per notarios in proprio ſuo territorio: ut arreſto *a* judicatum fuiſſe ſuprà retulimus.

a *An.* 1575, *die* 28 *Apr.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XVI.

SOMMAIRE.

1. *Ordonnance de Moulins, étendue aux teſtamens par les arrêts.*
2. *Ordre & diviſion de ces additions ſur les teſtamens en trois parties.*
3. *Premiere partie des teſtamens parfaits.*
4. *De la reconnoiſſance faite par le teſtateur, qu'il eſt débiteur d'une perſonne.*
5. *Difficulté quand cette reconnoiſſance eſt au profit d'une perſonne ſuſpecte, & que la cauſe de la dette eſt exprimée.*
6. *Quelle étoit la juriſprudence Romaine, en ce cas.*
7. *Arrêt du pays de droit écrit, touchant la reconnoiſſance du teſtateur, de ce que ſa femme lui avoit apporté en dot.*
8. *Sentiment de M. Ricard ſur cette queſtion.*

9. *Arrêt rapporté par Maynard, qui admit la preuve.*

10. *Si cette déclaration faite par le teſtateur, peut être par lui révoquée dans la ſuite.*

11. *Si le premier teſtament, quoique révoqué par un ſecond, peut ſervir de commencement de preuve par écrit.*

12. *Si, quand cette déclaration a été faite par un motif de conſcience, elle peut être révoquée dans un ſecond teſtament; & ſi ce premier teſtament peut ſervir de commencement de preuve par écrit.*

13. *Si le teſtateur revient en ſanté, & dénie la déclaration qu'il a faite.*

14. *Eſpece particuliere ſur ce ſujet.*

15. *Diſtinctions ſur cette difficulté.*

16. *De la déclaration du teſtateur, en faveur de la libération d'un tiers.*

17. *Si la preuve par témoins de la capacité du teſtateur eſt permiſe, quand le notaire a exprimé, dans le teſtament, que le teſtateur étoit ſain d'entendement, ou qu'il a obmis de l'exprimer.*

18. *Réflexion générale ſur cette queſtion.*

19. *Raiſons & autorités des docteurs, pour prouver que la preuve par témoins n'eſt point admiſſible ſur la queſtion ci-deſſus propoſée.*

20. *Sentiment contraire de Balde.*

21. *Expreſſion du notaire, que le teſtateur eſt ſain d'entendement, eſt non ſeulement ſujette à erreur, mais indifférente.*

22. *Sentiment conforme de Bénédictus, & autres docteurs, touchant cette expreſſion du notaire.*

23. *Autorités d'Hieronymus Gratus, ſur ce ſujet, à l'occaſion du teſtament d'Alexandre d'Immola.*

24. *Sentiment de M. Ricard.*

25. *Arrêts ſur cette queſtion, qui ont admis la preuve par témoins.*

26. *Raiſons ſur leſquelles eſt fondée cette juriſprudence.*

27. *Si, quand la diſpoſition du teſtateur eſt ſage & raiſonnable, la preuve de la démence peut être recevable.*

28. *Cette preuve peut être quelquefois admiſe en ce cas.*

29. *Raiſons de cette exception de la maxime générale ſur l'incertitude qu'il y a de connoître ce que l'on appelle* bons intervalles.

30. *La ſageſſe apparente d'un furieux, ou d'un inſenſé, eſt comparée à un cas fortuit.*

31. *Tout ce qu'on appelle* bon intervalle, *ne ſuffit pas pour donner au teſtateur la capacité requiſe pour teſter, ſuivant le ſentiment de Denis Godefroy, de Ménochius, de Zachias, ſur ce ſujet.*

32. *Sentiment de Govéanus, ſur le teſtament de Tuditanus, dont parle Valere Maxime.*

33. *Eſpece de la loi qui permet la preuve par témoins de la ſageſſe, nonobſtant les termes du teſtament qui marquent la démence du teſtateur.*

34. *Sentiment de Bartole ſur cette loi.*

35. *La preuve que le teſtateur a fait quelque autre diſpoſition que celle contenue en ſon teſtament, n'eſt pas recevable.*

36. *Il n'eſt pas permis de prouver par témoins que les ſolemnités qui ne ſont pas marquées dans le teſtament, y ont été obſervées.*

37. *Du teſtament du pere entre enfans.*

38. *Sentiment de M. Ricard, oppoſé à celui de M. Cujas, ſur les ſolemnités requiſes dans les teſtamens, par la Novelle* 107.

39. *Arrêts rapportes par Maynard.*

40. *Preuve par témoins du teſtament noncupatif du pere entre enfans n'eſt recevable.*

41. *Du teſtament noncupatif; arrêt de réglement pour le pays de droit écrit.*

42. *Diſpoſitions des Coutumes.*

43. *Sentiment de Coquille & de Dumoulin.*

44. *Diſtinction de Conſtant, petit-neveu de Boiceau.*

45. *Même en pays de droit écrit, l'écriture eſt néceſſaire pour faire foi du teſtament noncupatif.*

46. *Arrêts.*

47. *La preuve par témoins des diſpoſitions verbales du teſtateur a été quelquefois admiſe par les arrêts.*

48. *Arrêts qui l'ont rejetté.*

49. *En pays de droit écrit, la loi Romaine l'a emporté ſur l'ordonnance, au ſujet de la preuve des diſpoſitions verbales.*

50. *Raiſons de Deſpeiſſes, & de Maynard, pour autoriſer cet uſage abuſif.*

51. *Réponſe à ces raiſons.*

52. *Arrêts qui ont adjugé les legs contenus dans un teſtament nul.*
53. *Arrêts qui ont jugé le contraire.*
54. *Du teſtament fait en tems de peſte.*
55. *La preuve par témoins n'eſt pas reçue de la volonté du teſtateur, en ce cas.*
56. *Raiſons & autorités ſur cette queſtion.*
57. *Arrêts en pays coutumier.*
58. *Juriſprudence du pays de droit écrit.*
59. *Du teſtament myſtique.*
60. *Du teſtament militaire.*
61. *Arrêt.*
62. *Arrêt rapporté par M. Louet, contredit par Conſtant, ſur la coutume de Poitou.*
63. *Autre arrêt de M. Louet.*
64. *Diſtinction de M. Ricard.*
65. *Du teſtament militaire en la coutume de Normandie.*
66. *Des teſtamens militaires en pays de droit écrit.*
67. *Si la preuve par témoins eſt admiſe de la ſuppreſſion d'un titre.*
68. *M. Ricard dit que cette queſtion eſt problématique.*
69. *Baſnage ſoutient contre M. Ricard, que la preuve n'eſt admiſſible en ce cas.*
70. *Réponſe de Baſnage aux reſtrictions de M. Ricard.*
71. *Autre Réflexion de le Grand, ſur cette queſtion.*
72. *Arrêts rapportés par Soëfve, ſur ce ſujet.*
73. *Sentiment de Boniface, qui prétend que cette preuve n'eſt reçue que dans les cas fortuits.*
74. *Cas, où la preuve ſeroit admiſſible.*
75. *La preuve de la ſouſtraction d'un titre n'eſt point contraire à l'ordonnance de Moulins.*
76. *Si la preuve eſt admiſſible pour prouver que l'on a empêché le teſtateur de teſter.*
77. *On peut empêcher le teſtateur, ou par la voie de la ſéduction, ou par voie de fait.*
78. *De la captation, ou ſuggeſtion.*
79. *Erreur des interpretes Grecs, ſur la loi* Captatorias.
80. *Définition d'une diſpoſition captatoire, par M. Cujas.*
81. *Sentiment de Duaren.*
82. *Exemple des inſtitutions captatoires, tiré d'Harménopule.*
83. *Autre exemple rapporté par Charondas.*

84. *Sentiment de M. Ricard, ſur les inſtitutions d'héritiers, conçues pour le paſſé.*

85. *Si la preuve par témoins eſt permiſe de ſuggeſtions ; opinion de M. Ricard.*

86. *Expplication de ce que c'eſt que ſuggeſtion, par M. d' Argentré.*

87. *Deux diſtinctions qu'il faut faire entre le fait de ſuggeſtion, arrivé avant, ou lors du teſtament.*

88. *Ce que les loix ont entendu, quand elles ont dit qu'il étoit permis de provoquer un legs en ſa faveur.*

89. *Explication des loix ſur ce ſujet, par Me Charles Dumoulin.*

90. *Premiere limitation de Dumoulin, tirée d'une régle propoſée par Angelus.*

91. *Raiſons & autorités des juriſconſultes, rapportées par Peckius, pour detruire cette régle.*

92. *Sentiment de Brunemannus.*

93. *Sentiment de Cujas & de Coquille.*

94. *Sentiment de M. Ricard.*

95. *Concluſion pour ſçavoir quand la preuve par témoins eſt admiſſible, en cas de ſuggeſtion.*

96. *Autre eſpece rapportée par Dumoulin, pour expliquer ce que l'on doit entendre par ces mots,* Blanditiæ doloſæ.

97. *Autre eſpece ſur ce ſujet, rapportée par Peckius.*

98. *Réflexions ſur ces deux eſpeces.*

99. *Des careſſes & importunités faites à un moribond, pour extorquer de lui un legs.*

100. *Si les prieres réitérées ſont capables de forcer la volonté du teſtateur.*

101. *Seconde limitation de Dumoulin aux deux loix dernieres du ff. & du Code* Si quis aliq. Teſt. proh. *touchant les legs, ou inſtitutions, extorqués par crainte.*

102. *Réflexions de Peckius, au ſujet de la crainte que le mari peut imprimer ſur l'eſprit de ſa femme.*

103. *Quand la preuve par témoins eſt permiſe dans le cas ci-deſſus.*

104. *Faits qu'il faut articuler, ſuivant Dumoulin, pour prouver que le teſtateur a été empêché de teſter.*

105. *Quatre faits qu'il faut articuler, ſuivant l'opinion de Peckius.*

106. *Ce que c'eſt qu'empêcher le teſtateur de faire ſon teſtament.*

107. *Deux limitations aux maximes ci-deſſus, ajoûtées par Brodeau.*

108. *Arrêts ſur ce ſujet.*

109. *Réflexions ſur ce que Brodeau requiert un commencement de preuve par écrit.*

110. *Raiſons de M. Ricard, pour juſtifier que la preuve que l'on a empêché le teſtateur de teſter, eſt permiſe.*

111. *Opinion de Baſnage, contraire à celle de M. Ricard.*

112. *Réflexions générales, par forme de concluſion, ſur cette matiere.*

113. *Si, quand il y a une clauſe dérogatoire dans un premier teſtament, qui n'eſt point répétée dans le ſecond, la preuve par témoins de la ſuggeſtion de ce dernier teſtament eſt plus aiſément admiſe.*

114. *Si la preuve par témoins eſt recevable en pays coutumier du* fidéicommis *verbal.*

115. *Si elle eſt permiſe en pays de droit écrit.*

116. *L'acte qui contient le* fidéicommis *doit être ſigné de cinq témoins.*

117. *Si l'on peut prouver par témoins que les legs, ou l'inſtitution faite en faveur d'une certaine perſonne, eſt un* fidéicommis *au profit d'une autre perſonne indigne, ou incapable.*

118. *La loi* 3, de Jur. fiſci, *requiert une preuve par écrit.*

119. *Arrêt qui avoit permis la preuve avant l'ordonnance de Moulins.*

120. *Deux arrêts qui l'ont permis, même après l'ordonnance de Moulins.*

121. *Déciſion de cette queſtion.*

122. *Diſpoſition du Statut de Bologne, concernant les teſtamens & les legs pieux.*

123. *Si le fait de la ſuppoſition d'un teſtament, pour un autre teſtament, peut être prouvée par témoins.*

124. *Si un teſtament imparfait eſt un commencement de preuve par écrit, qui puiſſe faire admettre la preuve par témoins.*

1. BOICEAU, dans ce Chapitre, n'a oſé donner une déciſion générale ſur la queſtion de ſçavoir, ſi l'article 54 de l'ordonnance de Moulins devoit être étendu

aux teſtamens, parce que les arrêts n'avoient point encore, de ſon tems, décidé cette difficulté : il conclut ſeulement qu'y ayant plus de raiſon d'appréhender la ſubornation des témoins dans les teſtamens que dans les contrats, parce que le teſtateur ne peut plus, après ſa mort, rendre raiſon de la maniere avec laquelle on a ſurpris, ou contrefait ſa ſignature ; au lieu qu'il n'eſt pas aiſé de ſuppoſer un contrat faux à une perſonne vivante, qui peut ſe défendre par elle-même : la diſpoſition de l'ordonnance y doit être étendue, du moins dans les coutumes qui requierent certaines ſolemnités dans les teſtamens, & qui ordonnent qu'ils ſoient rédigés par écrit. Il ajoûte trois exceptions ; 1. à l'égard des teſtamens paſſés durant la peſte ; 2. en tems de guerre ; 3. quand ils ont été faits dans un lieu écarté, où il n'y avoit ni curé, ni vicaire, ni notaire, pour recevoir la dépoſition du teſtateur : c'eſt ce qu'il faut examiner ; car il eſt conſtant que la diſpoſition de l'ordonnance de Moulins a été étendue aux teſtamens par les arrêts. Péléus, queſtion 61, agite la même queſtion que Boiceau, & cite un arrêt du 6 Juin 1594. Brodeau, ſur M. Louet, lett. T, n. 8, en rapporte pluſieurs arrêts : il faut même que le teſtament ſoit rapporté par celui qui l'allégue ; il ne ſuffit pas qu'il ſoit énoncé dans un acte, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 10 Décembre 1598, rapporté par Péléus, queſt. 63.

2. Mais, parce que la matiere des teſtamens eſt très-importante & fort étendue, la preuve par témoins y eſt auſſi néceſſaire en pluſieurs cas ; c'eſt pourquoi avant d'y entrer, il eſt à propos de marquer quel ordre on ſuivra pour examiner les principales queſtions qui peuvent naître ſur ce ſujet.

On diviſera donc ces additions en trois parties. Dans la premiere, on parlera du teſtament parfait, c'eſt-à-dire, du teſtament olographe, & du teſtament ſolemnel.

Dans la ſeconde, du teſtament que l'on prétend pouvoir être moins parfait ; tels ſont les teſtamens du pere entre enfans, le teſtament noncupatif, le teſtament *ad pias cauſas*, le teſtament fait en tems de peſte, & le teſtament militaire.

Dans la troiſieme, on expliquera les cas dans leſquels

il eſt incertain s'il y a un teſtament, ou s'il n'y en a point, ou ſi celui qui paroît doit ſubſiſter ou non. Ainſi on y examinera les queſtions qui peuvent naître lorſqu'on ſoutient, ou que le teſtament a été ſupprimé, ou que l'on a empêché le teſtateur d'y changer quelque choſe, de le révoquer, ou même de teſter, ou ſi l'on articule que le teſtament qui eſt rapporté a été ſuggeré, & n'eſt point l'ouvrage de la volonté du teſtateur, ou qu'il contient des diſpoſitions captatoires, ou qu'il eſt faux, nul, ou imparfait.

3. Quant à la premiere partie, touchant le teſtament parfait, il eſt certain, ſuivant la maxime générale, que contre ce qui eſt écrit dans un teſtament olographe, ou dans un teſtament ſolemnel, la preuve par témoins ne peut être admiſe, non plus que contre tout autre acte par écrit.

4. Mais on demande, ſi quand le teſtateur, dans un teſtament olographe ou ſolemnel, a reconnu qu'il étoit débiteur envers une perſonne, de quelque ſomme, cette reconnoiſſance oblige ſes héritiers de payer la dette, quand le créancier ne rapporte point d'autre titre que cette reconnoiſſance du teſtateur, ou ſi du moins cette reconnoiſſance eſt un commencement de preuve par écrit de cette dette, qui puiſſe faire admettre la preuve par témoins en ſa faveur.

Cette queſtion a été fort agitée par les docteurs. Pour la réſoudre en peu de mots, il eſt certain que dans la régle, la reconnoiſſance faite volontairement par le débiteur, qu'il doit une ſomme à une perſonne, eſt valable, & l'oblige, & ſes héritiers en ſont tenus, quand la cauſe eſt exprimée dans l'acte, parce que perſonne n'eſt préſumé ſe reconnoître débiteur quand il ne l'eſt pas; & il eſt encore certain que cette reconnoiſſance peut être portée dans un teſtament, ainſi que dit M. Ricard, *de Donat.* part. 3, chap. 2, ſect. 11, n. 107, ſuivant le ſentiment de Ménochius, *ad l. Generaliter, C. de non num. pecun.* & Fontanon, ſur Maſuer, T. *de Confeſſis*, dit auſſi que le teſtateur peut contracter dans ſon teſtament, lequel, en ce cas, *tient, & vaut comme contrat*, ce ſont ces termes; encore que le teſtament ſoit depuis révoqué, & que cette con-

ceſſion fait preuve contre le teſtateur, ſuivant l'opinion de Cynus, ſur la loi *Generaliter*, ci-deſſus.

5. La difficulté eſt, quand cette reconnoiſſance eſt faite au profit d'une perſonne ſuſpecte, c'eſt-à-dire, lorſqu'on peut préſumer que le teſtateur, ſous le nom de *dette*, a voulu cacher l'avantage qu'il vouloit faire à la perſonne prohibée, au préjudice de la loi qui le défendoit, comme ſi un mari ſe reconnoît débiteur envers ſa femme, ou envers ſa concubine; car, dans ce cas, quoiqu'il y ait une cauſe de la dette exprimée, il eſt conſtant que cette reconnoiſſance eſt nulle de plein droit. Charondas, en ſes Obſervations, *in verbo* CONFESSION, en rapporte un arrêt du 7 Septembre 1558, ſuivant le §. de la loi *Cùm quis decedens*, *ff. de Leg.* 3, qui eſt dans cette eſpece, & la loi *Qui teſtamentum*, *ff. de Probat.* Ainſi tout ce qui eſt laiſſé à titre de dette, (au-deſſus de ce qu'il eſt permis de léguer par la loi à une perſonne,) eſt préſumé une dette ſuppoſée : *Videtur enim quòd ille plus capere non poterat, in fraudem legis in teſtamento adjeciſſe;* & en ce cas, c'eſt à la perſonne prohibée, que le teſtateur a reconnu pour ſa créanciere, de prouver la vérité de cette dette : *Si Titius ſuprà ſcripta ex ratione ſuâ ad teſtationem perveniſſe probare potuerit, exiget*, dit la loi *Qui teſtam.* §. *Item eidem.* C'eſt par cette même raiſon que quand le donateur a énoncé dans la donation qu'il a faite à une perſonne ſuſpecte, que c'eſt pour la récompenſer des ſervices qu'elle lui a rendus, cette énonciation ne fait pas une preuve; & le donataire doit juſtifier qu'il a effectivement rendu ſes ſervices au donateur : *Qui enim non poteſt donare, confiteri non poteſt.* Gui-Pape, queſt. 95, rapporte les ſentimens des docteurs ſur ce ſujet; & un arrêt de Grenoble du mois de Décembre 1455, qui le jugea ainſi, lui préſent.

6. En droit la reconnoiſſance par le teſtateur dans un teſtament qu'il devoit pour prêt, à une perſonne, ne produiſoit point l'action *ex mutuo;* mais on la regardoit comme un legs, quand le créancier étoit perſonne capable de recevoir ce legs; ainſi il n'avoit droit de l'exiger qu'en vertu du teſtament: c'eſt pourquoi, quand même la cauſe appoſée à cette reconnoiſſance, ſe fût trouvée fauſſe, elle ne laiſſoit pas d'avoir ſon effet, ſuivant la maxime *Falſa*

Quid in dubio præsumitur testator quæsisse prætextum fideicommisso quem non ignorabat esse falsum. Quæres non est cur vitiet fideicommissum. M. Cujas, ad l. 13, de inoff. Test. ff. Quisquis mihi hæres erit.

causa adjecta legato, non vitiat legatum, parce que, dit M. Cujas, le testateur étoit présumé avoir voulu en faire une libéralité à cette personne, & avoir prétexté une dette apparente, pour avoir lieu de lui faire un legs : *Quæsitum est, an si non deberentur, actio esset*, (dit la loi 88, *de Leg.* 2, §. *Quisquis mihi hæres erit*,) *respondi si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.* Néanmoins, quand le testateur avoit déclaré avec serment, qu'il devoit une certaine somme à quelqu'un dans son testament, en ce cas cette déclaration faisoit preuve entiere contre ses héritiers, suivant la loi *Cùm quis decedens*, §. *Codicillis*, *ff. de Leg.* 3, si ce n'est qu'il parût que le testateur, en exprimant la cause de la dette, se fût visiblement trompé, parce qu'alors on présumoit qu'il n'auroit pas fait cette reconnoissance, s'il ne s'étoit pas trompé dans le fait ; & la preuve qu'il avoit erré dans le fait, seroit permise aux héritiers, en ce cas, dit Charondas, *ibid. nisi liquidò probari possit eum non liberari debitum voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse*, dit la loi 1, *C. de falsâ causâ ad Leg.* Autre chose est, s'il avoit énoncé sincérement une cause fausse, comme il vient d'être dit, parce qu'en ce cas le legs ne laissoit pas d'être dû ; néanmoins, nonobstant cette déclaration, il faut toujours en revenir à la vérité.

Etiamsi veritas debiti non subest, falsa demonstratio non perimit legatum, & ex testamento ejus quoque competit actio, l. 2, Cod. de falsâ causâ ad legat. Chassanée, sur cette loi *ad rescripta, Alexandri Severi*, répond aux loix que l'on peut objecter contre cette constitution.

7. Maynard, l. 6, chap. 1, en rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 27 Octobre 1570, par lequel la cour réduisit la déclaration que le testateur avoit faite dans son testament, (que sa femme lui avoit apporté deux mille cinq cens livres en dot,) à la somme de deux mille livres, parce qu'il fut prouvé par les héritiers qu'elle n'avoit apporté que cette somme par son contrat de mariage ; ce qui fait voir qu'une telle déclaration ne fait point preuve par elle-même.

8. M. Jean-Marie Ricard, qui a traité la même question, part. 3 des Donations, chapitre 2, section 2, dit que la difficulté, en pareil cas, se réduit principalement à une question de fait ; sçavoir si le testateur a eu dessein de gratifier celui en faveur duquel il fait cette déclaration dans son testament, ou de payer une dette légitime, ou d'acquitter sa conscience, en lui restituant ce qui lui appartenoit,

partenoit, & qu'ainſi cela ſe doit juger par les circonſtances, & partie 1, chap. 3, ſect. 16, n. 7; l. 4, il dit que, quand la célébration du teſtament eſt accompagnée de quelques circonſtances qui l'appuyent, la preuve par témoins doit être facilement admiſe, puiſque, ſuivant l'uſage autoriſé par les arrêts de la cour, l'ordonnance de Moulins reçoit ſon exception, quand il y a un commencement de preuve par écrit.

Il ajoûte, partie 3, chap. 2, ſect. 2, verſet 109, que ſi cette énonciation de dette dans ce teſtament, n'eſt faite qu'en paſſant, elle ne peut valoir que par forme de legs & de diſpoſition gratuite, comme il a été dit ci-deſſus, la préſomption étant dans le doute que la reconnoiſſance eſt de pareille qualité que l'acte principal, c'eſt-à-dire que le teſtament, ſuivant la loi *Lucius Titius, ff. de Legat.* 2, ci-deſſus citée; & c'eſt auſſi le ſentiment de Bartole ſur la loi *Cùm quis decedens de Leg.* 3, rapporté par Me Charles Dumoulin, en ſon conſeil 32, n. 23, & de Charondas, *loco citato.* *L. Nuda 26, ff. de Donat.*

9. Ainſi, quand le teſtament eſt révoqué, elle eſt auſſi révoquée, ſuivant l'exemple rapporté dans Valere Maxime, l. 8, chap. 2, cité par Maynard, par Automne & par Charondas; & un arrêt qui jugea dans la coutume de Poitou, en laquelle il eſt permis à un mari & à une femme de s'avantager par teſtament, que la preuve étoit admiſſible dans l'eſpece d'une femme, laquelle ayant légué à ſon mari, par un premier teſtament, pour le dédommager d'un recelé pour lequel ſon mari avoit intenté action contre elle, avoit dans la ſuite révoqué ce premier teſtament; & dans le ſecond, n'avoit point fait mention de ce legs, ni d'un recelé; car le juge ayant ordonné préalablement que le mari feroit preuve du recelé, la cour, par ſon arrêt du 26 Juin 1651, confirma la ſentence. La raiſon, dit M. Ricard, eſt parce que ſemblable reconnoiſſance vaut diſpoſition, du moins par fiction: il ajoûte que quand la cauſe ſeroit fauſſe, le legs ne laiſſe de valoir, mais que quand cette déclaration eſt faite au profit d'une perſonne prohibée, il faut, outre cette déclaration des preuves très fortes pour faire ordonner l'exécution d'une pareille diſpoſition; ce qui eſt certain.

10. Tout ce qui vient d'être dit a lieu, ſoit que la déclaration du teſtateur (qu'il doit à une perſonne) ſoit portée dans un teſtament olographe, ou dans un teſtament ſolemnel reçu devant notaires ; car nous n'avons point reçu la diſtinction des docteurs qui font différence, en ce cas, ſi cette déclaration du teſtateur a été acceptée par celui au profit de qui elle eſt faite, ou par un procureur fondé de ſa procuration, ou ſi elle ne l'a pas été : cette diſtinction eſt rapportée par Petrus de Ferrariis, titre 1, *in Praxi Papienſi, gloſ.* 7, *n.* 9, qui dit que, ſuivant l'opinion de Bartole ſur la loi 5, *Cùm quis decedens*, ci-deſſus citée, quand cette déclaration eſt faite par le teſtateur devant notaires, ou devant la perſonne au profit de qui elle eſt faite, elle ne peut être révoquée par le teſtateur. Godefroy, ſur le §. *Quiſquis mihi hæres erit*, de la loi *Lucius Titius*, *ff. de Leg.* 2, ci-deſſus citée, ſemble pourtant dire que cette diſtinction eſt reçue, ſuivant ce paragraphe, qui parle d'une obligation & d'un dépôt, qui ſont des actes entre-vifs ; mais Charondas, *ibid.* atteſte que l'opinion contraire a prévalu, & ajoûte que ſoit que la partie ſoit préſente ou abſente, le teſtateur peut révoquer la déclaration qu'il a faite ; ſur quoi on peut dire, 1° avec Corſerius, ſur la queſtion 350, *Cap. Tholoſ.* que quand la déclaration eſt extrajudiciaire, elle dépend purement de la volonté de celui qui l'a faite ; &, en ce cas, la préſence de la partie, en faveur de qui elle eſt faite, n'eſt point néceſſaire : *Ut ſi quis confiteatur ſe aliquem aluiſſe, animo donandi, & ex pietate*, ſuivant la loi *Neſennius*, *ff. de Negot. geſtis* ; & cette déclaration ne ſe peut même révoquer, ſi elle eſt faite au profit des enfans du teſtateur.

Confeſſio in ultimâ voluntate non probat contractum inter vivos, niſi pars altera fuerit præſens.

11. Suivant l'arrêt rapporté par M. Ricard ci-deſſus, on peut dire que dans le cas auquel le teſtateur a révoqué par un ſecond teſtament la déclaration qu'il avoit faite dans le premier, cette déclaration ne laiſſe pas d'être du moins un commencement de preuve par écrit contre ſes héritiers, qui peut ſervir à faire admettre la preuve par témoins, en faveur de la perſonne, au profit de qui elle eſt faite.

12. Mais, ſi cette déclaration eſt faite par le teſtateur, expreſſément pour la décharge de ſa conſcience, ou qu'il

y ait lieu de préſumer, par les circonſtances du fait, qu'elle ait été faite par lui dans cet unique deſſein, il eſt certain, même ſuivant l'opinion des docteurs, qu'elle peut être révoquée par un ſecond teſtament : ainſi celui qui a reconnu par un premier teſtament, qu'il a exigé des intérêts illicites, peut par un ſecond faire une déclaration contraire, ou n'en point parler ; & en vertu de ce premier teſtament, on ne pourroit agir contre lui ; comme y ayant un commencement de preuve par écrit qu'il a exigé des intérêts uſuraires, parce que, diſent les docteurs, le teſtament ne fait point preuve en ce cas : il n'eſt conſidéré que comme une derniere diſpoſition, laquelle eſt révocable par une poſtérieure, c'eſt ce que rapporte celui qui a ajoûté des notes ſur la Pratique de *Petrus de Ferrariis*, *loco citato*, à quoi on peut ajoûter que depuis le premier teſtament, le teſtateur peut avoir reſtitué les intérêts uſuraires, ou ſatisfait à la perſonne intéreſſée ; & cette préſomption jointe à celle qui réſulte de ſon dernier teſtament, où il fait une déclaration contraire, ſuffit pour empêcher la preuve par témoins de la vérité de celle portée dans le premier.

Et ſi confeſſio quam quis facit quod uſuras extorſerit, vel quid malè abſtulerit in teſtamento, abſente parte poteſt revocari revocando teſtamentum : quia non eſt ſpecies probationis. Ut quis ex eo poſſit conveniri, ſed ſpecies ultimæ voluntatis quæ poteſt revocari. Il cite Balde, *ad ſpecul. T. de Confeſſis, §. Confeſſio.*

13. Mais que ſera-ce, ſi après avoir fait une pareille déclaration dans un teſtament olographe ou ſolemnel, le teſtateur revient en ſanté, & dénie lui-même la déclaration qu'il a faite : Maſuer, T. 21 des Conceſſions, fait cette queſtion, n. 7, & renvoie à Cynus, ſur la loi *Generaliter, C. de non numeratâ Pecuniâ ;* & Vrevin, en ſes Annotations ſur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, chap. 27, rapporte une eſpece à-peu-près ſemblable, où cette difficulté fut jugée.

14. Un particulier ayant reconnu verbalement devant pluſieurs perſonnes qu'il devoit une certaine ſomme à ſon créancier, qui n'avoit point de promeſſe ni d'obligation de lui, étant revenu en convaleſcence, & aſſigné ſur le fondement de cette reconnoiſſance verbale, à la requête de ce créancier, pour payer cette ſomme, reconnut par ſon interrogatoire ſur faits & articles, qu'effectivement il avoit fait cette déclaration étant à l'extrémité de ſa maladie ; mais il ajoûta qu'il avoit perdu l'eſprit en ce tems-là, & demanda à en faire preuve par témoins ; ce qui lui

ayant été accordé, & ne l'ayant pu prouver, il fut condamné à payer cette ſomme, en vertu de cette déclaration verbale qu'il avoit faite au profit de ſon créancier, par arrêt du mois de Décembre 1637.

15. Et Fontanon ſur Maſuer, en l'endroit ci-deſſus cité, décide en général que le teſtateur revenu en convaleſcence, ne peut révoquer cette confeſſion qu'il a faite, parce que, dit-il, comme il a déja été remarqué ci-deſſus, le teſtateur peut contracter dans ſon teſtament, lequel, en ce cas, vaut comme contrat, quoiqu'il ſoit enſuite révoqué; ce qui ne s'entend que des diſpoſitions de derniere volonté, & non pas, en général, de toute autre confeſſion verbale, ſuivant l'opinion de Cynus; & dans ce cas le teſtateur ſeroit auſſi recevable à prouver par témoins qu'il ne doit rien, parce qu'il en faut toujours revenir à la vérité, & que ce n'eſt que par la faveur du créancier prétendu, que cette déclaration qu'il a faite, eſt regardée comme obligatoire contre lui.

16. Enfin il faut remarquer que tous les docteurs conviennent que quand il s'agit de la libération d'un tiers, cette déclaration du teſtateur dans un teſtament, qu'il ne lui eſt rien dû, eſt très-forte, parce qu'on préſume que celui qui fait cette déclaration dans ſon teſtament, où il rend compte à Dieu, au monde & à ſoi-même de toute ſa vie, eſt ſincere, & qu'il l'a faite pour la décharge de ſa conſcience; ce qui n'empêche pas les héritiers de pouvoir prouver le contraire, même par témoins, en articulant que le teſtateur s'eſt trompé dans le fait [*].

Weſembecius, de Conſeſſ. ff. n. 10.

[*] Il y a une grande différence entre la reconnoiſſance faite dans un teſtament, & celle faite dans une obligation ordinaire, ou dans un contrat. Dans le premier cas, cet acte a coutume d'être le fait du teſtateur ſeul, qui ne jouit pas toujours de la force & de la liberté d'eſprit néceſſaires. La vue de la mort qui occupe preſque toute ſon attention, ne lui permet de s'occuper que foiblement des autres objets : une conſcience timorée peut aiſément lui faire prendre le change; & dans un moment où on ne peut ni ne veut entrer dans des diſcuſſions, il n'eſt pas étonnant qu'on ſe trompe quelquefois. Enfin, quoiqu'on puiſſe s'obliger par un teſtament, le teſtament n'eſt pas de ſa nature deſtiné à former des obligations. Dans le ſecond cas, au contraire, la reconnoiſſance eſt ordinairement le fruit d'une volonté réfléchie, qui a eu le tems de voir & de peſer ce qu'elle faiſoit, & qui a pu y apporter toute la maturité poſſible. Deux perſonnes ont concouru de concert à le former, l'obligé, & celui au profit de qui l'obligation eſt faite; ce qui ſuppoſe une parfaite connoiſſance de cauſe. Enfin l'acte n'a eu pour but principal & unique, que de former cette obligation. Il s'enſuit de-là qu'on peut quelquefois admettre la preuve par témoins contre une

17. A l'egard du teſtament ſolemnel, il y a une autre queſtion importante à examiner ; ſcavoir ſi la preuve par témoins eſt permiſe de la capacité ou incapacité d'eſprit du teſtateur lorſqu'il a fait ſon teſtament, quand on prétend qu'il n'étoit pas ſain d'entendement, comme le requiert l'article 292 de la coutume de Paris, & pluſieurs autres coutumes qui ſe ſervent des mêmes termes, ou qu'il étoit en démence & aliéné de ſon eſprit, & que le notaire a exprimé dans le teſtament qu'il étoit ſain d'entendement, ou qu'il a obmis de l'exprimer.

Vermandois, art. 60 ; S. Quentin, Riblemont.

18. Pour approfondir cette queſtion, il ſeroit néceſſaire de connoître, non-ſeulement ce que c'eſt qu'être ſain d'entendement, mais ce que c'eſt que ne l'être pas aſſez pour avoir la capacité requiſe pour teſter ; & pour cela il faudroit examiner avec les médecins de quelles maladies l'eſprit humain eſt capable, c'eſt-à-dire, combien il y a d'eſpeces de folies, & quelle différence il faut faire entr'elles ; car la démence, la fureur, la ſtupidité, & une infinité d'autres maladies de l'eſprit, ont des effets tout différens, qui alterent plus ou moins le tempérament, & qui empêchent auſſi plus ou moins l'eſprit d'agir librement, & avec toute la réflexion dont il eſt capable ; mais comme cette matiere, toute curieuſe qu'elle eſt, n'eſt pas abſolument de ce Traité, & qu'elle mériteroit une diſſertation particuliere, parce qu'aucun des commentateurs de nos coutumes ne s'eſt aviſé de l'approfondir, il ſuffira de toucher ici ce qui peut concerner la preuve par témoins, & de renvoyer le lecteur, qui en voudra ſçavoir davantage, à ce que Zachias, celebre médecin d'Italie, a écrit ſur cette matiere, dans ſon livre intitulé : *Quæſtiones medico-legales*, où il a cotté les auteurs qui en ont traité, & auxquels il ſeroit aiſé d'en ajoûter pluſieurs autres.

19. Or, pour revenir à la queſtion de ſçavoir ſi quand le notaire a exprimé dans un teſtament que le teſtateur étoit ſain d'entendement, la preuve par témoins de la démence de ce même teſtateur eſt admiſſible : voici les raiſons dont on ſe ſert pour prouver qu'elle ne l'eſt pas.

reconnoiſſance portée dans un teſtament, quoique ce ſoit un acte parfait, & qu'on ne doive pas admettre cette preuve contre & outre le contenu aux actes par écrit.

1°Dit-on, suivant la régle générale, la preuve testimoniale n'est point admise contre ce qui est écrit ; par conséquent, l'expression du notaire doit être crue dans son entier ; la foi d'un acte ne se pouvant diviser.

Jason, sur la loi *Sanum mente, C. de Transact.* cite les docteurs qui ont été d'avis qu'il faut croire absolument cette expression du notaire, & entr'autres Joan. de Imola. Les raisons de ce docteur, dit-il, sont, 1° que le notaire doit être cru, parce qu'il a fait serment de ne recevoir point d'acte d'un homme qui ne seroit pas sain d'entendement ; 2° parce que quoique le notaire par lui-même ne puisse pas connoître si le testateur est en démence ou non, il le peut connoître par les actions extérieures ; 3° parce que cette attestation du notaire est soutenue par une présomption naturelle, fondée sur ce que chacun est présumé être sain d'entendement. Jason néanmoins demeure d'accord au même endroit, que cette opinion n'est pas reçue, & dit que Balde, Angelus, Dynus, Salicet, & Alexandre, cons. 85, 181, 227, sont d'opinion que cette expression du notaire ne doit faire aucune foi : il ajoûte qu'il est aussi de cette opinion ; & il se détermine par trois autres raisons qu'il est inutile de rapporter, parce qu'elles paroissent beaucoup moins décisives que celle de Joan. de Imola.

20. Balde, sur la loi *Unica, C. de Concessis*, parlant du notaire qui a exprimé dans une obligation que le créancier a reconnu avoir reçu l'argent du débiteur, quoiqu'il n'ait pas vu compter cet argent en sa présence, demande sçavoir s'il a commis une fausseté ? Et après avoir décidé que non, il dit qu'il en est de même, si dans un testament ce notaire a exprimé que le testateur étoit sain de corps & d'esprit, quoique ce fût néanmoins un furieux qui paroissoit ne l'être pas, ou qu'il eût quelque maladie cachée, enforte qu'il ne parût aucun signe visible, ni de sa fureur, ni de la foiblesse de son esprit, ou de sa maladie ; car en ce cas, dit-il, le notaire est excusable, parce qu'il a cru dire la vérité.

Habemus similitudinem alteriùs casus ; nàm si notarius dicit, talis sanus mente & corpore, fecit tale testamentum, & ille erat tùnc occultè furiosus, vel erat infirmus in interioribus, putà in intestinis, & sic nullum eorum erat visibile, tabellio excusatur quià nemo mentitur nisi mentiatur animus.

21. De ce passage de Balde, on peut conclure que cette expression du notaire, que le testateur étoit sain d'esprit, (quoiqu'elle confirme une présomption naturelle,) est

Valet transactio hominis ægri sicut sani, dummodò sit

néanmoins ſujette à erreur : auſſi le même Balde inſinue que cette expreſſion du notaire eſt en quelque ſorte indifférente ſur la loi *Sanum mente*, *C. de Tranſact.* qui dit que la tranſaction d'un homme malade eſt valable, pourvu qu'il ſoit ſain de ſon eſprit ; car, après avoir obſervé que c'eſt ſur le fondement de cette loi que le notaire peut inférer dans un acte, paſſé par une perſonne malade, que cette perſonne eſt ſaine d'eſprit, il ajoûte que quand même il ne le diroit pas, on ne laiſſeroit pas de le préſumer toujours ; en effet, cette expreſſion du notaire eſt non-ſeulement incertaine d'elle-même, mais indifférente pour la validité de l'acte, ſoit à l'égard des contrats, ſoit même à l'égard des teſtamens : auſſi la coutume de Paris dans l'article 292, n'a pas exigé que le notaire exprimât ces mots, *ſain d'entendement* dans le teſtament, comme elle n'eût pas manqué de le faire, ſi elle eût regardé cette expreſſion comme eſſentielle aux formalités de cet acte, leſquelles elle a toutes compriſes dans cet article ; & aucune autre coutume n'a auſſi regardé cette expreſſion de notaire comme une énonciation néceſſaire pour la validité du teſtament : ainſi il ne faut pas s'étonner ſi enfin les docteurs ſe ſont déterminés d'admettre la preuve par témoins de la démence du teſtateur, nonobſtant cette expreſſion du notaire ; il ſuffira de rapporter l'autorité de quelques-uns.

ſanæ mentis. Super iſtâ lege fundata intentio Tabellionis dicentis per Dei gratiam ſanus mente licèt æger corpore, & licèt hoc modo non diceret, tamèn ſanitas mentis præſumeretur.

22. *Benedictus in Cap. Raynutius in verbo* IN EXTREMIS ESSE POSITUM, *n.* 5, & ſuivans, établit la maxime générale, que la preuve par témoins eſt reçue contre cette déclaration du notaire, & dit formellement qu'on n'ajoûte aucune foi à l'expreſſion qu'il a inférée dans le teſtament, que le teſtateur étoit ſain d'entendement ; & que quand il ne le diroit pas, on ne laiſſeroit pas de le préſumer dans le doute, ſi ce n'eſt, continue-t-il, que l'on prouvât le contraire, laquelle preuve eſt recevable ; & au contraire, dit-il, s'il eſt écrit dans le teſtament que le teſtateur étoit en démence, on n'ajoûtera point foi à cette expreſſion, ſi on ne prouve la démence autrement que par cette expreſſion, laquelle opinion eſt conforme à la loi 5, *C. de Codicillis*, qui admet la preuve de la démence contre la préſomption naturelle que le teſtateur étoit ſain d'eſprit : *Unde ſequitur quòd hic ſolum requiratur mentis integritas, de quâ non cre-*

ditur notario in ſuo inſtrumento aſſerenti teſtatorem tempore teſtamenti ſanæ mentis proùt communitèr aſſerunt notarii in principio inſtrumenti, & poſito quòd non diceret, tamen ſanitas mentis præſumeretur, niſi contrarium probaretur ad quod probandum, pars adverſa admittetur. Ut è contrà non crederetur inſtrumento narranti teſtatorem non fuiſſe ſanæ mentis; niſi aliàs dementia probaretur.

Quoniam de ſanitate mentis non rogatur notarius.

Maſcardus, *de Prob.* vol. 2, *quomodò dementia probetur, concl.* 503, *n.* 8, dit que l'on n'ajoûte point foi à cette expreſſion du notaire, parce qu'il n'eſt pas appellé pour être le juge de cette ſanté de l'eſprit, mais ſeulement pour recevoir l'acte. Ménochius, *de Præſumpt. l.* 6, *præſ.* 45, dit la même choſe.

23. Mais on ne peut oublier l'autorité d'Hiéronymus Gratus, célebre juriſconſulte de Bologne : ſa réputation obligea François I, pour l'attirer en France, de lui donner une chaire de profeſſeur dans l'univerſité de Valence en Dauphiné, avec le titre de ſon Conſeiller. Il lui ordonna même de lui dédier ſes Conſeils, qu'il fit imprimer à Lyon en 1549, & qui ſont fort eſtimés. Voici quels ſont ſes termes en ſon conſeil 90, n. 44 dans une conteſtation fort célebre ſur cette même queſtion : *Item poteſt opponi teſtatorem fuiſſe inſanum quià de dementiâ non rogatur notarius, ideò eſt de caſibus qui probantur per teſtes, juxtà notata per Baldum in rubricâ de fide inſtrumentorum; & ità aliàs Ruinus præceptor meus conſuluit & obtinuit, proùt eſt conſultum hìc Bononiæ in cauſâ illâ de Uſubertis, & adhuc non ferè exactis duobus menſibus ego hæc practicavi in cauſâ hæredum Dom. Alexandri Imolenſis de Tartagnis legum fundatoris, & omnes doctores in hoc concordes fuerunt; ideò ulteriùs non me extendo.* On voit par ces termes que ſon ſentiment étoit celui de Balde, de Ruinus, auſſi-bien que d'Alexandre de Imola, en la ſucceſſion duquel il fit juger que la preuve par témoins étoit recevable en pareil cas, du conſentement univerſel des docteurs de ſon tems.

24. Il ſuffira, après cela, (pour juſtifier quel eſt auſſi notre uſage,) d'ajoûter l'autorité de M. Ricard, T. 1 des Donations, part. 1, ch. 3, ſect. 3, n. 145 & ſuivans, qui atteſte que, ſans inſcription de faux, dont on ſe ſervoit autrefois pour attaquer cette expreſſion du notaire dans

un

un teſtament, la preuve par témoins de la démence eſt communément reçue en France par les juges, il cite un arrêt du parlement de Toulouſe, du 13 Janvier 1598, intervenu au rapport de M. de Cambolas qui le rapporte, l. 2, ch. 36, par lequel arrêt il fut jugé que, nonobſtant que le notaire eût déclaré dans le teſtament, que le teſtateur étoit voyant & parlant, la preuve du contraire étoit recevable, ſans qu'il fût beſoin de s'inſcrire en faux. Vrevin, ſur cet article de l'ordonnance de Moulins, rapporte un autre arrêt du mois de Décembre 1637. Dolive, l. 5, chap. 4, en cite pluſieurs du même parlement de Toulouſe; & Boniface, T. 1, l. 8, tit. 27, chap. 13, quatre de celui de Provence: il y en a un autre de même parlement, de l'année 1675, dans la huitieme partie du Journal du Palais. Le Factum imprimé cette année dans la Cauſe illuſtre pour M. le prince de Conty, contre madame la ducheſſe de Nemours, fait encore mention de pluſieurs autres, page 17. Il y eſt parlé même d'un article de la coutume de Neufchaſtel, qui porte : *Que le teſtament eſt nul, quand on prouve par témoins que la perſonne teſtante eſt imbécille d'eſprit.* Il s'agiſſoit dans cette cauſe de prouver en quel tems avoit commencé la démence de défunt M. l'abbé d'Orléans, qui étoit d'ailleurs certaine, pour ſçavoir s'il avoit pu valablement révoquer un premier teſtament par un poſtérieur. L'arrêt qui eſt du 10 de Janvier 1696, a permis cette preuve à M. le prince de Conty; ce qui met la queſtion hors de toute difficulté; & cet arrêt fait encore voir que dans ces ſortes de queſtions, le fait principal & déciſif eſt la preuve de l'inſtant auquel la démence a commencé, parce que l'interdiction étant de plein droit, il faut préciſément connoître ſi le teſtateur étoit capable de teſter, lorſqu'il a fait ſon teſtament [*].

[*] Cet arrêt eſt rapporté au tom. 5 du Journal des Audiences.

Le ſieur Gervais de Combeaux a auſſi été admis à prouver par témoins, devant M. Fornier de Montagny, que le ſieur Garnier, ſon oncle, avoit l'eſprit tellement affoibli, qu'il n'avoit ni la connoiſſance néceſſaire pour contracter, ni aſſez de force d'eſprit pour réſiſter aux impreſſions étrangeres, lors des donations entre-vifs, & du teſtament par-devant notaires, qu'il avoit fait en faveur du ſieur Martin, maître des comptes à Rouen, quinze mois avant d'être interdit, & nonobſtant l'énonciation faite dans le teſtament, que le ſieur Garnier étoit ſain d'eſprit, mémoire & entendement. Cette preuve avoit été rejettée au Châtelet, par ſentence du 13 Juillet 1725.

Voyez, à ce ſujet, Boucheul ſur l'arti-

26. Au reſte, pour faire voir que cet uſage a juſtement prévalu, il n'y a qu'à ſuivre les lumieres de la raiſon ſur cette queſtion. Or,

1° Il eſt de principe, que tout homme eſt préſumé ſain d'eſprit; c'eſt la préſomption naturelle : le notaire qui écrit dans un teſtament que le teſtateur eſt ſain d'entendement, ſe fonde ſur cette préſomption ; il n'entre point en connoiſſance de cauſe : il lui ſuffit que le teſtateur lui dicte des diſpoſitions juſtes & raiſonnables ; il doit les écrire, ſans qu'il lui ſoit permis de s'informer de ce qui ne lui paroît pas, parce qu'il ne doit juger que de ce qui ſe paſſe devant lui; d'où il s'enſuit que quand il déclare que le teſtateur eſt ſain d'entendement, cette expreſſion n'eſt que de ce ſtyle, & cette préſomption ſur laquelle elle eſt appuyée, n'eſt point conſtamment du nombre de celles qui n'admettent point de preuve du contraire, parce qu'il eſt certain que le notaire peut s'y tromper.

2° Non-ſeulement la folie eſt une choſe de fait, dont, par conſéquent, la preuve n'eſt point défendue par l'ordonnance ; mais elle dépend de la certitude d'autres faits, qui ne ſe peuvent prouver que par témoins ; car pour en juger, il faut connoître les cauſes, les ſignes & les effets de la démence: par exemple, il faut ſçavoir ſi elle vient de naiſſance, ou par quelque accident de maladie ; par quels ſignes elle ſe manifeſte, ſoit par les actions, ſoit par les paroles de celui qui en eſt ataqué ; quels effets elle produit dans ſon eſprit & dans ſa mémoire ; s'il a eu de

cle 268 de la Cout. de Poitou, n. 156, 157, 185 & ſuiv. & Rouſſeau de la Combe, Rec. de Juriſp. *verbo* PREUVE, n. 6, qui en dit autant de l'expreſſion de la ſanté du corps, en cas de don mutuel, & qui cite, à ce ſujet, un arrêt du 15 Décembre 1744, ſur les concluſions de M. Gilbert, avocat-général.

Mais un arrêt du parlement de Rouen, du 9 Janvier 1763, a débouté un héritier de la demande par lui formée, pour prouver par témoins, qu'un acte de donation entre-vifs, paſſé devant notaires, & inſinué, avoit été fait par une femme imbécille & foible d'eſprit, à cauſe de différentes attaques d'épilepſie qu'elle avoit eues, & à prouver, en outre, que la donation étoit l'ouvrage de la ſéduction. La donatrice avoit ſurvécu trois ans à la donation.

Le donataire diſoit qu'en ſoutenant par l'héritier, que la donatrice n'étoit pas en état de donner, ou que la donation n'étoit pas un effet de ſa volonté, c'étoit attaquer l'acte de donation dans ſon eſſence ; c'étoit prétendre qu'il n'étoit pas ſincere, & que le notaire qui l'avoit reçu, avoit commis une fauſſeté, puiſque le notaire atteſtoit que la donatrice avoit dicté ſes diſpoſitions, & agi avec une pleine liberté ; que conſéquemment cet acte ne pouvoit être attaqué que par la voie de l'inſcription de faux.

bons intervalles ou non : toutes ces choſes ne ſe peuvent prouver que par le rapport du médecin, ou par le témoignage de ceux qui ont vu le progrès & le cours de la maladie, & de ceux qui ont entendu ſes diſcours inſenſés, & qui lui ont vu faire des actions de folie ; & ce défaut de capacité dans celui qui fait un contrat, ou qui fait un teſtament, ne ſe peut couvrir : or la loi interdit de plein droit celui qui eſt en démence, d'agir, de contracter & de teſter ; donc la preuve de cette incapacité doit toujours être reçue : le tems ne peut ſuppléer le défaut de capacité dans celui qui agit ; l'acte eſt toujours nul ; & l'expreſſion contraire à la vérité, inſérée dans l'acte, ne peut être une fin de non-recevoir contre cette preuve.

3° On peut dire que le notaire par cette expreſſion, *ſain d'entendement*, ſuppoſe, pour ainſi dire, une autre perſonne à la place du teſtateur, puiſqu'il eſt conſtant que la différence eſt toute entiere entre celui qui eſt ſain d'eſprit, & celui qui ne l'eſt pas ; le teſtateur n'étant pas libre de ſon eſprit, il n'eſt pas capable de faire choix de la perſonne qu'il gratifie, ni de préférer un étranger à ſon héritier légitime ; en un mot, il n'eſt pas même en état de vouloir plutôt faire un teſtament qu'une donation, ou toute autre ſorte de contrat ; d'où il s'enſuit que cette expreſſion du notaire eſt frauduleuſe ; car elle induit en erreur, en ce qu'elle rend témoignage, non ſeulement qu'une perſonne eſt ſaine d'entendement, (laquelle ne l'eſt pas ;) mais elle ſuppoſe que cette perſonne a fait un teſtament, laquelle n'avoit pas une volonté déterminée de le faire ; & l'effet de cette fraude retombe ſur un tiers, qui n'a pu la prévoir, ſçavoir ſur l'héritier *ab inteſtat*, qui, par conſéquent, eſt recevable à demander de faire la preuve par témoins du contraire, puiſqu'il eſt certain, en général, qu'un tiers eſt recevable à cette preuve contre quelque contrat que ce ſoit, quand il eſt frauduleux, & qu'il n'y a point été partie. Enfin cette expreſſion eſt fauſſe, en ce qu'elle atteſte, contre la vérité, la préſence du teſtateur, c'eſt-à-dire le jugement de ſon eſprit & le conſentement de ſa volonté, en quoi conſiſte cette préſence intérieure & néceſſaire de celui qui agit, & laquelle eſt ſeule, à proprement parler, de l'eſſence de l'acte, celle du corps ne l'étant

que par accident, c'eſt-à-dire parce que l'ame a beſoin des organes du corps pour exprimer ſa penſée & ſa volonté : c'eſt pourquoi la loi a comparé celui qui eſt en démence à l'abſent, *Per omnia & in omnibus*, dit la loi *Si ei, ff. de jure Codicill.* §. *Furioſus ;* elle le compare aux enfans au-deſſous de l'âge de ſept ans, à ceux qui dorment ; & les docteurs l'ont comparé aux brutes, aux morts, & aux choſes inanimées : or il eſt évident que ſi le notaire avoit paſſé un acte dans lequel il eût exprimé la préſence d'une perſonne qui n'y auroit pas aſſiſté, il commettroit une fauſſeté, & que l'*Alibi* pourroit ſe prouver par témoins.

Voyez Jean d'Auth. *de Teſtam.* pag. 179 & ſuiv.

Enfin la preuve par témoins eſt reçue, même contre la teneur d'un contrat, quand on articule la crainte & la violence, quoique le notaire ait exprimé que ce contrat a été paſſé librement & ſans contrainte ; & il n'eſt pas beſoin même de s'inſcrire en faux : la raiſon eſt, parce que le notaire a pu être trompé, & l'a été en effet, quand il a cru que les parties contractoient librement & volontairement devant lui, ignorant ce qui ſe paſſoit dans leur eſprit, & ne connoiſſant pas la violence qu'on leur faiſoit ; l'inſcription de faux n'étant néceſſaire que quand le notaire a prévariqué, & que dans les faits qui dépendent de ſa connoiſſance, & qui ſe paſſent devant lui, & dont il eſt, par conſéquent, le juge & le témoin, il énonce dans un acte quelque choſe contre la vérité [*]. Cependant dans un contrat fait par crainte & par violence, quoique la volonté ne ſoit pas libre, il y a du moins une demi-volonté que les docteurs appellent *coactam voluntatem ;* mais dans un teſtament où le notaire a exprimé que le teſtateur étoit ſain d'eſprit, quoiqu'il fût en démence, il n'y a nulle volonté de la part du teſtateur, qui n'eſt pas en état de vouloir, c'eſt-à dire de diſcerner ſi ce qu'il veut lui convient, ou s'il ne lui convient pas ; & ce défaut de volonté étant fondé ſur la démence, qui ne ſe peut prouver que

[*] Le nouveau Commentateur de la coutume de la Rochelle, art. 41, n. 46, fait, à ce ſujet, une diſtinction judicieuſe. Il penſe qu'il faudroit ſe ſervir de l'inſcription de faux, ſi l'héritier ſoutenoit que c'eſt préciſément dans le tems de la confection du teſtament par-devant notaires, que les violences ont été employées. *Aliter*, s'il s'agiſſoit de violences & de menaces employées hors la préſence du notaire.

par des faits extérieurs, il s'enſuit que contre cette expreſſion du notaire, la preuve par témoins doit être néceſſairement admiſe.

27. Il y a une ſeconde queſtion qui peut faire difficulté ſur ce ſujet; ſçavoir ſi quand la diſpoſition du teſtateur eſt ſage, & qu'il ne paroît aucune marque de folie dans ſon teſtament, la preuve par témoins de ſa démence eſt néanmoins recevable : la raiſon de douter eſt que la préſomption naturelle eſt que tout homme eſt ſain d'entendement, & que cette préſomption étant prouvée par la teneur du teſtament, qui ne contient que des diſpoſitions raiſonnables, cette préſomption devient une preuve par écrit de la ſageſſe de teſtateur, contre laquelle la preuve par témoins ſemble n'être pas admiſſible.

28. Il eſt néanmoins certain que, quoique le teſtament ſoit une bonne preuve de la ſageſſe du teſtateur, il ne fait pas toujours une conviction, parce que tous les docteurs conviennent que puiſqu'il y a de certaines folies qui ont leurs accès, & leurs bons intervalles, pendant leſquels l'eſprit eſt libre & capable d'agir, il ſe peut faire que le teſtament d'un inſenſé paroiſſe fait librement, & avec toute la capacité d'eſprit requiſe, outre que la loi lui permet de teſter durant les bons intervalles.

29. Néanmoins c'eſt une maxime que celui qui eſt furieux eſt toujours préſumé l'être juſqu'à ſa mort; & ainſi de ce que le teſtament paroît ſage, il ne s'enſuit pas toujours qu'il ſoit valable, s'il eſt certain que le teſtateur étoit furieux avant de le faire. Premiérement, parce qu'il peut avoir été ſuggéré, & n'être pas l'ouvrage du teſtateur, dont on peut avoir ſurpris la ſignature. Secondement, parce qu'il arrive ſouvent qu'un inſenſé parle de bons ſens, & paroît raiſonner juſte, quoiqu'il ne ſoit pas même dans un bon intervalle, & que ſa folie ſoit de l'eſpece de celles qui n'en ont jamais aucun; c'eſt ce que la loi appelle élégamment *adumbratam quietem.*

30. Et les docteurs diſent que cette ſageſſe apparente eſt une eſpece de cas fortuit, c'eſt-à-dire que ce n'eſt pas une action purement libre de la part de cet inſenſé, qui a penſé ſagement ſans le ſçavoir, & par une certaine habi-

tude de raiſonner paſſablement ſur des ſujets qui ne ſont pas l'objet de ſa folie.

31. C'eſt pourquoi les plus habiles juriſconſultes ont décidé premiérement, que, quand il s'agit de ſçavoir ſi le teſtament d'un inſenſé ou d'un furieux, eſt fait durant un bon intervalle, la préſomption eſt au contraire, ſuivant la maxime ci-deſſus, que le furieux eſt toujours préſumé perſéverer dans ſa fureur, & qu'ainſi c'eſt à celui qui allégue les bons intervalles à les prouver. Secondement, que tout intervalle de fureur ne ſuffit pas pour rendre au teſtateur la capacité requiſe pour teſter; c'eſt ce qu'a obſervé Denis Godefroi, *in Diſputat. Argentorati habitâ, ann.* 1596, *de Succeſſ. ab inteſt. n.* 129: il dit qu'il faut qu'il paroiſſe manifeſtement que le furieux eſt dans un bon intervalle, parce que l'on y eſt ſouvent trompé, & que, quoiqu'il paroiſſe agir avec prudence, ſa fureur n'eſt pas ceſſée pour cela. Ménochius, *de Præſumpt. l.* 6, *præſ.* 45, *n.* 59, *& ſeqq.* veut que cet intervalle ſoit d'un tems continu; par exemple, d'une année, ou d'un mois entier. Zachias, ci deſſus cité, veut encore que ces intervalles ſoient très-parfaits, c'eſt-à-dire que la liberté d'eſprit du teſtateur ſoit pleine & entiere, & qu'il y ait un tems conſidérable que l'accès de ſa fureur ſoit ceſſé.

Hoc tamèn repeto quòd furioſus dilucida & clara apertaque furoris intervalla habeat, quòdque in intervallis manifeſtè appareat eum ad ſanitatem mentis rediiſſe quià plerumquè decipimur dum furioſum eum conſpectu inumbratæ quietis ſanæ mentis eſſe putamus, ſuivant la loi *Si à furioſo* 12, *ff. Si cert. petat. & l. Quòd meo.* 18, §. 1, *de Acquir. poſſ. licèt enim agat aliquid prudenter, furor tamèn manet & magis illud caſu accidiſſe vel nos deceptos eſſe credendum eſt, quàm eum verè ſapuiſſe.*

32. C'eſt pourquoi Govéanus, *Lect. var. Jur. civil. l.* 1, *chap.* 5, n'approuve pas avec raiſon la déciſion du ſénat de Rome qui, ſuivant le témoignage de Valere Maxime, confirma le teſtament de Tuditanus qui étoit inſenſé, parce que ce teſtament contenoit une diſpoſition ſage & raiſonnable: *Quià*, dit-il, *verè demens teſtamenti factionem non habet; adeò ut licèt rectè ac jure alioquin teſtatus ſit, ejus tamèn non valeat teſtamentum. Itaquè tanquàm rem novam refert Valerius Maximus*, l. 7, chap. 8, *teſtamentum Tuditani, hominis notæ, certæque dementiæ, in quo tamèn hæredem filium ſcripſerat, judicio centumvirali, T. longum fruſtrà reſcindere conatum & centumviros magis id cogitaſſe quod ſcriptum erat in tabulis quàm quis eas ſcripſiſſet.*

33. Enfin, ſuivant la loi, la preuve par témoins de la ſageſſe eſt reçue contre les termes du teſtament, qui marqueroient de la démence dans l'eſprit du teſtateur: voici

l'eſpece. Un teſtateur avoit ordonné par ſon teſtament, que l'on jetteroit ſes cendres dans la mer : *In hoc fatuus præſumebatur*, dit Bartole, parlant de cette loi en ſon Traité *Teſti*. Cependant cette preuve écrite de la démence du teſtateur n'empêchera pas la preuve du contraire : *Perſpicuis rationibus amoveri poteſt*, dit Modeſtinus.

34. Bartole dit qu'on pouvoit en effet prouver que cet homme étoit un comédien, ou un railleur, ou qu'il avoit mis cette diſpoſition dans ſon teſtament, par mépris de ſoi-même : *Erant quippè hujuſmodi perſpicuæ rationes & probationes.* Il ajoûte enfin que, quand on doute ſi la démence eſt perpétuelle, c'eſt-à-dire, ſi elle n'a aucuns bons intervalles, il faut s'en rapporter aux médecins ; & que ſi elle a duré un an entier, elle eſt regardée comme perpétuelle : *In tantùm enim cerebrum læditur, quantùm cura redditur impoſſibilis.* Ainſi la qualité des diſpoſitions du teſtateur, ſoit qu'elles paroiſſent ſages, ou qu'elles ne le paroiſſent pas, n'eſt pas toujours déciſive, puiſque la preuve du contraire eſt reçue en l'un & en l'autre cas.

35. Il faut ajoûter à ce qui vient d'être dit, que l'ordonnance de Moulins ayant été étendue aux teſtamens, il n'eſt pas permis de prouver par témoins que le teſtateur a fait aucune autre diſpoſition que celle contenue en ſon teſtament, y ayant du moins parité de raiſon pour les teſtamens & pour les contrats [*].

[*] L'ordonnance de 1735, concernant les teſtamens, l'a décidé. « Toute » diſpoſition teſtamentaire, ou à cauſe » de mort, dit l'art. 1 de cette ordon- » nance, de quelque nature qu'elles » ſoient, ſeront faites par écrit : décla- » rons nulles toutes celles qui ne ſeront » faites que verbalement, & défendons » d'en admettre *la preuve par témoins*, » *même ſous prétexte de la modicité de* » *la ſomme* dont il auroit diſpoſé. »

Ces dernieres paroles, *même ſous prétexte de la modicité de la ſomme*, ont introduit une nouvelle juriſprudence ; car auparavant l'ordonnance de 1735, on n'excluoit la preuve par témoins, dans la matiere des teſtamens, que par interprétation de l'ordonnance de Moulins, & de celle de 1667, qui défendent, en général, la preuve par témoins de toutes conventions. Mais ces ordonnances avoient excepté les conventions au-deſſous de cent livres ; par conſéquent on pouvoit admettre la preuve teſtimoniale des teſtamens qui ne contenoient pas des diſpoſitions au-deſſus de cent livres. Cette exception n'a plus lieu pour les teſtamens, depuis la nouvelle ordonnance.

Cependant un arrêt du 16 Février 1738, rapporté par l'auteur de la Nouvelle Collection de Juriſprudence, a ordonné l'exécution d'une diſpoſition, quoique non écrite, d'une ſomme de 954 livres, remiſe par un moribond à un prêtre, pour être employée en œuvres pies ; les motifs de piété, & plus encore la tradition, a ſans doute déterminé. En effet la ſimple tradition ſuffit ſans aucun écrit, pour la donation des choſes mobiliaires.

Un arrêt du 25 Mai 1746, rapporté

36. Il n'eſt pas permis auſſi de prouver par témoins que les ſolemnités qui paroiſſent avoir été obmiſes dans le teſtament y ont été néanmoins obſervées, parce que les ſolemnités étant de l'eſſence du teſtament, qui eſt un acte indivitible, il doit être entier en ſa forme, & faire foi par lui-même, ſans le ſecours d'une preuve étrangere; joint que, dit M. Louet, letrte T, n. 12, les ſolemnités ont été ordonnées comme le ſeul remede capable de prévenir les ſuggeſtions auxquelles un teſtateur eſt ſouvent expoſé dans l'extrémité de la maladie. Il en cite un arrêt rapporté par Dumoulin ſur l'art. 68 de la coutume de Sens. Brodeau en rapporte un autre au même endroit, du dernier Mai 1566, qui apparemment eſt celui rapporté par le Veſt, nomb. 82, & cité par M. Ricard, T. des Donat. part. 1, chap. 5, ſect. 6, qui ajoûte que la Coutume deſirant que les ſolemnités interviennent dans le teſtament, il n'eſt point parfait, s'il ne ſe reconnoît point par l'acte même, qu'il eſt revêtu de la forme preſcrite par la loi : en effet, ſi elles ſe pouvoient prouver par témoins, ce ſeroit admettre la preuve du teſtament noncupatif, qui n'eſt point reçu en pays coutumier, ainſi qu'il ſera prouvé ci-après [*].

par la Combe, Recueil de Juriſprudence, *verbo* TESTAMENS, à la ſuite & en interprétation de ce même art. 1 de l'ordonnance, a jugé valable une diſpoſition verbale, ſuivie de tradition réelle par le teſtateur, de la main à la main, en faveur de Pierre Borderion, procureur à Vierzon en Berry, contre la veuve Chartreau.

Ainſi il paroît qu'on doit admettre une diſpoſition verbale d'effets mobiliers, lorſque la tradition en a faite par le teſtateur, de la main à la main.

Le nouveau Commentateur de la Rochelle, art. 41, n. 43, croit que cela ne doit s'entendre que d'effets réels & corporels, dont la tradition eſt effective & abſolue, & nullement d'un droit incorporel, comme d'un billet ou obligation.

Sa raiſon pour faire exception dans ce dernier cas, eſt que la ſimple tradition d'un billet n'eſt pas capable d'en transférer la propriété à celui à qui elle eſt faite, s'il ne s'agit d'un billet payable au porteur; qu'il faut pour cela une ceſſion ou tranſport, parce que rien ne ſeroit plus facile que de voler impunément des billets.

Il excepte cependant encore les billets qui ſeroient remis au débiteur lui-même. Nous avons vu au ch. 13, que le billet entre les mains du débiteur, étoit une préſomption de payement.

[*] Il n'eſt pas non plus permis de prouver par témoins, que les ſolemnités requiſes n'y ont pas été exécutées, lorſque le teſtament dit le contraire, ou lorſque ces formalités étant de celles dont la loi n'exige pas qu'il faſſe mention, il garde le ſilence à ce ſujet; car pour lors la préſomption eſt qu'elles ont été exécutées. Fromental, *verbo* TESTAMENS, rapporte un arrêt qu'il dit avoir été rendu au parlement de Toulouſe, au mois de Juillet 1727, après partage d'opinions, & par lequel il a été jugé que les héritiers du ſang ne pouvoient pas être admis à prouver que les témoins n'étoient

Quant

Quant à la ſeconde partie de ces Additions, qui concerne les teſtamens que l'on prétend pouvoir ſubſiſter avec moins de ſolemnités que ceux appellés *ſolemnels*, on commencera par le teſtament du pere entre enfans.

37. Sur quoi il faut obſerver d'abord que la Novelle 107, (qui corrige la conſtitution de Conſtantin, qui les a introduits, & qui les avoit diſpenſés abſolument de toutes ſolemnités; & celle de Théodoſe qui avoit étendu le privilége de la premiere à tous les aſcendans de l'un & de l'autre ſexe,) veut, pour rendre la volonté du pere teſtateur certaine, que s'il ſçait écrire, il marque premiérement, en quel tems il a fait ſon teſtament; en ſecond lieu, qu'il écrive de ſa propre main, tout au long, & non pas par chiffres, le nom de chacun de ſes enfans, & pour quelle portion il les inſtitue ſes héritiers: voilà toute la ſolemnité que demande la Novelle, quand le pere diſpoſe ſeulement de ſon bien entre ſes enfans. Dans la ſeconde partie, elle ajoûte que, s'il veut laiſſer par ſon teſtament, quelque legs à ſa femme, ou à des étrangers, ou affranchir des eſclaves, il le doit écrire lui-même, & le déclarer aux témoins.

De plus la Novelle ne ſe contente pas, en ce cas, que le pere teſtateur ait écrit ſes legs de ſa propre main, elle veut qu'il reconnoiſſe verbalement, devant les témoins, qu'ils ont été écrits de ſa main, & ne demande après cela aucune autre ſolemnité.

38. M. Ricard, T. des Donations, part. 1, chap. 5, §. 4,

Deindè etiàm manu propriâ filiorum nomina, & insuper uncіarum quantitatem in quas ipſos ſcribat hæredes non notis numerorum deſignatas, ſed integris declaratas litteris. Et hæc propriâ deſcripta manu teſtatores dicant coràm teſtibus, quòd omnia quæ ei diſpoſitione, voluntateque extremâ continentur, & ipſi oraine ſcripſerint & valere velint. Sunto & ipſa firma neutiquàm ex hoc infirmanda, quòd in chartam deſcripta videantur.

Quæ reliquam teſtamentorum obſervationem non ſuſceperit ſed hoc ſolo liberantur controverſiâ, quòd dexteram & linguam habeant, quæ ſummam chartæ firmitatem præbeat.

pas préſens lors du teſtament, & qu'ils n'avoient vu ni entendu le teſtateur.

Il faut, dans ce cas, prendre la voie de l'inſcription de faux. Ce moyen a pluſieurs fois réuſſi; & tout récemment il a été employé avec ſuccès, contre le teſtament d'un ſieur Courdier, juge de Sagi en Breſſe. Celui-ci voulant faire ſon teſtament, fit appeller le ſieur Billard, notaire à Sonans, & cinq témoins: le notaire arriva le premier, & commença à écrire les diſpoſitions; les témoins arriverent peu après la rédaction du teſtament commencé: cependant il fut dit à la fin, que le teſtament avoit été fait, lu & relu, & paſſé en préſence de cinq témoins, leſquels ſignerent, à l'exception d'un ſeul. Le frere du teſtateur rendit plainte, & fit informer, & prouva que les témoins n'avoient pas entendu prononcer la totalité des diſpoſitions. Sentence intervint à Chaalons-ſur-Saône, le 27 Janvier 1742., qui déclara fauſſe l'énonciation de la préſence des témoins, &c. Sur l'appel porté au parlement de Dijon, intervint un arrêt du 17 Août 1743, par lequel le notaire & les autres accuſés furent déchargés, & l'exécution du teſtament ordonnée. Mais le frere s'étant pourvu au conſeil, & l'affaire ayant été renvoyée au parlement de Paris, un arrêt déciſif du mardi 7 Août 1750, a déclaré le teſtament nul. Voyez l'arrêt du 16 Janvier 1664, Journal des Audiences, tom. 2, liv. 6, ch. 4.

n. 1451, ſoutient, contre l'opinion de M. Cujas, *C. de Teſtam.* que pour faire valoir le teſtament d'un pere entre enfans, les ſeules formalités dont il eſt parlé dans cette Novelle ſuffiſoient, c'eſt-à dire la ſeule écriture du teſtateur, qui rendoit ſa volonté certaine : il cite pour ſon avis Antoine Faber, Fachinæus, & Automne, qui dit que cela s'obſerve ainſi au parlement de Guyenne.

39. M. Maynard, l. 5, chap. 15, rapporte un arrêt du parlement de Toulouſe, qui rejetta un teſtament dicté par le pere teſtateur, mais qui n'étoit pas ſigné de lui ; au ſujet duquel teſtament on diſoit que la Novelle 107 ne ſe pouvoit entendre, ſi on ne la joint avec la Novelle 18, & la Conſtitution de Théodoſe, en la loi *Hâc conſultiſſimâ*, qu'elle a rappellée dans ſa préface, & laquelle doit s'entendre du teſtament imparfait du pere entre enfans, ſoit noncupatif, ſoit rédigé par écrit.

Le même Maynard, l. 8, chap. 8, rapporte une autre eſpece à ce ſujet, ſur laquelle y ayant eu partage d'opinions, l'affaire ne fut pas jugée, mais terminée par tranſaction ; & il ſoutient que le teſtament du pere, imparfait quant aux ſolemnités, ne laiſſe de ſubſiſter, s'il eſt fait devant deux témoins ; ce qui n'a pourtant lieu que quand la volonté du pere eſt certaine : *Ex incompletâ enim voluntate nihil debetur.*

40. Sans entrer dans la diſcuſſion du ſentiment de M. Cujas & de celui de M. Ricard ſur cette difficulté [*], qui n'eſt pas de ce Traité, il eſt conſtant, comme dit le dernier, que la preuve par témoins du teſtament noncupatif du pere entre enfans ne devroit plus être reçue en pays de droit écrit, ſi l'ordonnance de Moulins y étoit obſervée ; car, quoiqu'elle ne parle que des contrats, elle n'a été étendue par les arrêts aux teſtamens, que parce qu'il y a parité de raiſon. Pour ce qui eſt du pays coutumier, le teſtament noncupatif n'étant pas même reçu, comme il

[*] Ce qui a pu donner lieu à cette queſtion, eſt qu'il y a quelques pays de droit écrit, comme la Provence, le Forès, &c. où les teſtamens olographes ne ſont pas admis, excepté ceux que les peres & meres font pour régler leurs ſucceſſions entre leurs enfans, que l'on diſpenſe des formalités requiſes pour les autres teſtamens. Mais, comme remarque fort bien Danty, la preuve par témoins ne pourroit être admiſe au ſujet de ces teſtamens ; il faut qu'ils ſoient rédigés ſuivant la Novelle 107.

va être prouvé, celui du pere fait verbalement entre enfans, n'auroit aucun privilége à cet égard.

41. En effet, à l'égard du teſtament noncupatif, M. Ricard, au même endroit, n. 1378 & 1379, remarque que l'uſage du pays de droit écrit eſt de le faire rédiger par écrit par un notaire, & rapporte un arrêt de réglement pour le pays de Forès, contre cet uſage abuſif, qui rendroit un ſeul notaire maître de la volonté du défunt, par lequel arrêt la cour fit défenſes, à peine de faux, à tous notaires, d'écrire & de recevoir aucun teſtament, que premiérement le teſtateur n'eût, en la préſence de ſept témoins, déclaré intelligiblement ſa derniere volonté ſans aucune ſuggeſtion ou induction; & elle ordonna même que le teſtament ſeroit enſuite lu & relu, & qu'il ſeroit ſigné du notaire, à la même heure, & en préſence du teſtateur.

42. Selon la diſpoſition de nos coutumes, le teſtament nuncupatif n'eſt point reçu; elles requierent ou un teſtament olographe, écrit & ſigné du teſtateur, ou un teſtament ſolemnel. Quelques coutumes ajoûtent même expreſſément que les loix Romaines ne ſont point gardées dans les teſtamens, comme celle de Chaumont, T. 6, art. 84; Troyes, T. 6, art. 97; & Vitry, T. 6, art. 102. Il n'y a que la ſeule coutume de Bayonne, qui parle du teſtament noncupatif: encore veut-elle qu'il ſoit rédigé par écrit, & ſigné de deux témoins; d'où il s'enſuit que la preuve par témoins de la derniere volonté du défunt n'eſt point permiſe, quand il s'agiroit de moins de cent livres pour éviter les fraudes, ſi faciles à pratiquer en ces occaſions.

43. Coquille, dans ſa queſtion 233, expliquant l'art. 13 du chap. 33 de la coutume de Nivernois, dit que cet article marque aſſez que la forme eſſentielle du teſtament eſt qu'il ſoit écrit, afin d'éviter les inconvéniens qui arrivent quand il faut prouver une choſe par témoins, ſuivant l'ordonnance de Moulins, parce que (comme il dit) *ſouvent les hommes tiennent pluſieurs propos qui ne ſont à vraie intention de diſpoſer, qui pourroient être pris par les témoins pour diſpoſition.* C'eſt pourquoi, ajoûte-t-il, la loi *Divus, D. de militari Teſtamento*, veut que la volonté du

ſoldat (qui peut teſter ſans ſolemnité) ſoit certaine, & cela pour ſon propre intérêt, afin que cette volonté ne ſoit pas priſe en un autre ſens que celui qu'il a voulu. C'eſt pourquoi Dumoulin, ſur ce même article de la coutume de Nivernois, décide indiſtinctement qu'en matiere de teſtament, quand il ſeroit même noncupatif, la preuve par écrit eſt indiſpenſable. Il n'excepte que le teſtament fait en tems de peſte, & le teſtament militaire; ce qui ſera examiné ci-après; & cette déciſion de Me Charles Dumoulin eſt d'autant plus à remarquer, qu'il a écrit avant l'ordonnance de Moulins, depuis laquelle cette maxime ne peut plus être conteſtée.

44. Conſtant, ſur l'art. 268 de la coutume de Poitou, (lequel a intitulé ſon Commentaire du nom de M. Jean Boiceau, ſon grand-oncle, qui y avoit travaillé avant lui, & dont il rapporte quelques déciſions,) demande, à ce ſujet, ſi le teſtament noncupatif eſt reçu dans cette coutume; & d'abord il diſtingue, ſi le teſtateur eſt réduit, dit-il, à une telle extrémité, qu'il ne puiſſe trouver ni un notaire ni un vicaire, & que devant des témoins, il déclare entiérement ſa derniere volonté, cette diſpoſition vaudra comme un teſtament noncupatif: ce ſera la même choſe, ajoûte-t-il, ſi, ayant mandé le vicaire, ou le curé, ou le notaire, il eſt mort avant qu'ils arrivaſſent, après avoir ainſi déclaré ſa volonté, ſuivant la loi *Miles*, *D. de Teſtamento militari*, parce qu'après tout il vaut mieux, continue-t-il, que la volonté du teſtateur ait ſon exécution, ſuivant l'opinion de Jaſon, d'Albéric & de Bartole. Que ſi, au contraire, le teſtateur n'a pas déclaré entiérement ſa volonté; mais a remis à s'en expliquer, quand le vicaire, le curé ou le notaire ſeroient venus pour la rédiger par écrit; en ce cas, cette diſpoſition eſt nulle, ſuivant le ſentiment du même Bartole, parce que cette volonté demeure incertaine. Il ajoûte que tel a été auſſi le ſentiment de Boiceau, auteur de ce Commentaire; il conclut néanmoins, en diſant que cette opinion n'a plus lieu, & que, ſuivant l'uſage préſent, les teſtamens noncupatifs ne ſont plus reçus, comme il a été jugé par pluſieurs arrêts.

Bouteiller, en ſa Somme rurale, T. 103, atteſte la vérité de cet ancien uſage de la France de n'y point rece-

voir de teſtament noncupatif, & dit que la diſpoſition du droit canon, au chapitre *Cùm eſſes*, T. *de Teſtamentis*, a été reçue parmi nous, au préjudice de celle du droit civil.

45. Il faut ajoûter que, même en pays de droit écrit, l'écriture eſt néceſſaire, *ad fidem rei geſtæ*, puiſque, comme dit M. Ricard ci-deſſus cité, l'uſage eſt de rédiger le teſtament par écrit devant notaires. Auſſi Maynard, livre 5, chapitre 4, dit qu'en ce pays ce teſtament ſe doit appeller *teſtament noncupatif écrit*, dont parle Accurſe, au titre *Quemadmodùm teſt. aperiantur in verbo* TABULAS TESTAMENTI.

46. Il rapporte auſſi l'arrêt de Robert, livre 2, chapitre 10, rendu en pays coutumier, lequel rejetta la preuve par témoins d'un teſtament noncupatif, quoiqu'il eût été fait en tems de peſte, parce que, dit Robert, l'article 83 de l'ordonnance d'Orléans, & l'article 165 de celle de Blois ordonnent aux notaires de faire ſigner les témoins dans les contrats & teſtamens, & que l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui ne parloit que des contrats, a été enfin étendu aux teſtamens; & cet arrêt fut lu & publié pour ſervir de loi à l'avenir. Mais à Toulouſe, l'article 165 de l'ordonnance de Blois n'eſt point obſervé; & M. Dolive, liv. 5, chap. 47, dit que le teſtament noncupatif n'eſt rédigé par écrit en ce pays, que pour la preuve de l'acte, & pour exempter les héritiers inſtitués de faire répéter les témoins après la mort du défunt, dont le défaut de ſignature n'eſt pas conſidéré comme eſſentiel, ainſi que dit M. Ricard, des Donations, part. 1, ch. 5, ſect. 7, n. 1533.

47. Quelquefois pourtant, ſur des circonſtances particulieres, la cour a admis la preuve par témoins d'une diſpoſition verbale faite par le teſtateur. M. Ricard, *ibidem* ſect. 5, chap. 5, n. 1447, après avoir dit que ſi cette diſpoſition verbale excede cent livres, la preuve n'en eſt pas recevable, rapporte un arrêt tiré du Journal des Audiences, liv. 6, chap. 56, (qui a été ci-devant cité au chapitre du Dépôt) lequel reçut la preuve par témoins d'un dépôt verbal fait par le teſtateur, au lit de la mort, entre les mains d'une de ſes tantes, religieuſe, de la ſomme de mille livres, & de quelques pierreries, pour être données à ſes niéces, quand elles ſe marieroient.

Baſnage, coutume de Normandie, titre des Teſtamens, en rapporte un autre du parlement de Rouen, qui permit à deux filles naturelles la preuve par témoins, que leur pere avoit fait un teſtament noncupatif en leur faveur, par lequel il leur avoit legué à chacune cinq cens livres ; ce qui n'excédant pas un legs alimentaire, (dont le pere naturel eſt tenu) a pu donner lieu à l'arrêt ; mais ces exceptions, loin de détruire la régle, la confirment, & ne doivent point être tirées à conſéquence.

48. Auſſi M. Ricard rapporte un arrêt du 28 Mars 1606, de la troiſieme des enquêtes, au rapport de M. le Coigneux, qui rejetta la preuve d'un teſtament noncupatif en la coutume d'Amiens, qui les admettoit, & qui n'a été réformée que depuis l'ordonnance de Moulins.

49. En pays de droit écrit, la loi Romaine l'a emporté ſur l'ordonnance de Moulins, qui devoit l'abroger. Cet uſage des teſtamens noncupatifs eſt rapporté par Expilly, chap. 171, pour le parlement de Grenoble ; par Automne, article 54 de la coutume de Bordeaux, pour celui de Guyenne ; & par Mainard, l. 5, chap. 23, pour celui de Toulouſe ; & M. Ricard remarque qu'on a paſſé plus loin ; car on y reçoit la preuve par témoins des diſpoſitions non compriſes dans un teſtament, quand elles ne ſont pas préciſément contraires à celles qui y ſont portées. M. Dolive, chap. 22, dit qu'à Toulouſe la preuve par témoins eſt reçue, quand le teſtateur a chargé verbalement ſes héritiers d'un *fidéicommis* envers quelqu'un, parce que le *fidéicommis* ſe peut laiſſer en droit, *ſolo nutu*, en préſence de témoins, & cite un arrêt du 4 Mai 1628 ; & même le fait contraire à ce qui eſt énoncé dans le teſtament, a été jugé recevable par témoins, par arrêt du 23 Juillet 1671. Mais en ce cas, dit-il, il faut que les témoins même du teſtament en dépoſent ; ce qui eſt une interprétation fort dangereuſe de la maxime de droit, qui ne veut pas qu'on admette la preuve par témoins contre celle par écrit : cependant les juriſconſultes de ce pays-là oſent défendre un abus ſi viſible. [*]

[*] Ces déciſions n'auroient certainement pas lieu préſentement depuis la nouvelle ordonnance, qui veut, comme nous avons vu, que toutes diſpoſitions teſtamentaires ſoient rédigées par écrit, & abroge toute autre forme de diſpoſer qui pourroit être contraire.

50. Deſpeiſſes en ſon Traité des Succeſſions teſtamenmetaires, T. 1, ſection 4, nombre 282, après avoir remarqué que le teſtament noncupatif a lieu dans les parlemens de Toulouſe & de Bordeaux, nombre 283, rapporte un arrêt de ce dernier parlement, au ſujet d'une ſubſtitution obmiſe dans un teſtament dont on permit la preuve, quoiqu'une ſubſtitution ne ſoit qu'une ſeconde inſtitution; que ſuivant les principes du droit Romain même, on ne dût avoir aucun égard à l'allégation d'un fait qui détruiſoit la premiere inſtitution portée dans ce même teſtament. Il en cite encore un autre du même parlement, du premier Décembre 1584, qui déclara valable une clauſe de ſubſtitution, écrite en marge du teſtament par le notaire, non ſignée du teſtateur ni des témoins, ſur ce que l'on offroit de prouver par les mêmes témoins qui vivoient encore, que telle avoit été la volonté du teſtateur; & il prétend que ces arrêts ne ſont point contraires à la diſpoſition de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, parcequ'elle ne parle que des contrats, & non des teſtamens: *Verba enim*, CONTRAXERUNT, GESSERUNT, *non pertinent ad teſtandi jus.* *L. 20, de verb. Signif.* Ce qui doit être d'autant plutôt reçu, ajoûte-t-il, que les contrats ſe font à loiſir, & peuvent aiſément être ſignés des contractans quand ils veulent; au lieu que les teſtamens requierent célérité, parce qu'il arrive d'ordinaire qu'on n'eſt pas en état de remettre à faire ſon teſtament à une autre fois, quand la maladie eſt preſſante. Il ajoûte enfin que l'article 83 de l'ordonnance d'Orléans, ni l'article 165 de celle de Blois, ne doivent point auſſi avoir lieu en ce cas, parce qu'elles ne doivent s'entendre que des actes reçus par un notaire, & non pas de ceux écrits de main privée, comme un teſtament olographe.

Maynard, liv. 5, chap. 4, eſſaye auſſi de ſoutenir ce ſentiment contre Charondas, lequel en ſes Réponſes, liv. 9, chapitre 35, reprend avec juſtice ceux du pays de droit écrit, de ce qu'ils ſe ſont trop attachés aux commentaires & aux déciſions des interpretes du droit Romain. Maynard ajoûte néanmoins, *ibidem*, que, quoiqu'on doive obéir aux loix, il faut examiner auparavant en quels termes elles diſpoſent, & à quelles fins elles ſont conçues, & que, quoique l'ordonnance de Moulins ne reçoive point

d'autre preuve que celle par écrit au-deſſus de cent livres, cela ne doit point s'entendre des teſtamens qui ne ſont point compris ſous le nom de Contrats, ſuivant la loi ci-deſſus citée ; & que quand le teſtateur ne peut ſigner, à cauſe de l'extrémité où il eſt réduit, ou qu'il eſt abandonné de tout le monde, il peut faire ſon teſtament de bouche, puiſqu'il ne le peut pas faire autrement ; car, ajoûte-t-il, quoique l'on diſe que cette ordonnance doive avoir lieu à l'égard du teſtament, c'eſt afin d'exciter chacun à faire ſon teſtament de bonne heure, quand il le peut faire ſûrement, & pour éviter la ſubornation des témoins, qu'il avoue être plus dangereuſe dans les teſtamens que dans les contrats. Mais, ajoûte-t-il, la néceſſité eſt maîtreſſe de la loi : *Quis enim credat, ejus conditionis eſſe jura ulla, ut aliquid non liceat & neceſſe ſit*, ſuivant les termes de Quintilien. Auſſi, continue-t-il, n'y ayant rien au-deſſus de la faveur des teſtamens, en pays de droit écrit, on permet toujours cette preuve, quand il y a eu une eſpece d'impoſſibilité de teſter dans les formes. Il eſt vrai pourtant, continue-t-il, qu'au défaut de teſtament devant notaires, il doit y avoir ordinairement quelque écriture privée de quelques-uns des aſſiſtans, laquelle contienne les principaux chefs de la diſpoſition ; & au chap. 5, *eod. lib.* le même Maynard excuſe encore cet uſage fondé ſur ce qu'à Toulouſe on ne permet cette preuve par témoins qu'avec une exacte connoiſſance de cauſe, outre qu'on permet auſſi aux parties intéreſſées de reprocher préalablement les témoins ; ce qui rend, à ce qu'il prétend, la choſe entiérement ſûre, & ſuffit pour obvier à la ſubornation des témoins, que l'ordonnance de Moulins a eu deſſein de prévenir. M. Dolive, *ibidem*, obſerve que la loi *Contrà ſcriptum teſtimonium non ſcriptum non admittitur*, n'eſt point inſérée dans le Corps de droit de Juſtinien ; que c'eſt M. Cujas qui l'a priſe des Baſiliques ; & que, comme cette loi n'a lieu que pour les contrats, l'ordonnance de Moulins qui a été faite ſur cette loi, ne doit avoir lieu auſſi que pour les contrats & non pas pour les teſtamens.

Declam. 249.

51. Mais il eſt aiſé de répondre à ces raiſons de Deſpeiſſes & de Maynard, & de M. Dolive. En effet, il eſt évident que tous ces uſages différens du pays de droit écrit

d'avec

d'avec les nôtres, ſont des contraventions formelles aux ordonnances qui doivent avoir lieu par tout ce royaume, ſur-tout à l'égard des teſtamens. Cette liberté que l'on s'eſt conſervée en pays de droit écrit, de diſpoſer de ſes biens, ſuivant les loix Romaines, paroît ſi douce à ceux qui les ſuivent, que, quelque ſages que puiſſent être les loix qui s'y oppoſent, ils ne peuvent s'y ſoumettre, & s'écrient avec le déclamateur, que cette liberté de teſter eſt inviolable : *Nihil potentius apud nos, nihil ſacratius eſſe debet.* Il eſt vrai que l'ordonnance de Moulins parle des contrats, & n'a point parlé des teſtamens, & que la loi *Contrà ſcriptum*, n'eſt pas inſérée dans le Corps du droit de Juſtinien, comme dit M. Dolive ; mais puiſqu'on convient qu'il y a parité de raiſon, & que la ſubornation des témoins eſt même plus à craindre dans les teſtamens que dans les contrats, & que par cette raiſon, quand on accorde la preuve par témoins en pays de droit écrit, à l'occaſion d'un teſtament, ce n'eſt qu'avec une connoiſſance de cauſe très-exacte, & avec toutes les précautions poſſibles, pour empêcher que cet uſage n'ait aucune ſuite fâcheuſe, il faut qu'on convienne auſſi qu'en gardant cette même précaution, on auroit pu, par la même raiſon, ſe diſpenſer de recevoir cette ordonnance en matieres de contrats, à l'égard deſquelles elle eſt néanmoins reçue en ce pays, parce qu'elle eſt contraire au droit commun, en ce qu'elle reſtreint les preuves ; car, ſi on y a trouvé le ſecret de prévenir l'inconvénient que l'ordonnance a voulu éviter, ſçavoir la ſubornation des témoins, en n'accordant cette preuve qu'avec des précautions qui en ôtent tout le riſque, à ce qu'on prétend, n'y pourroit-on pas uſer des mêmes précautions dans les contrats ? & pourquoi n'a-t-on pas rejetté cette ordonnance pour ſe conſerver un moyen de prouver la vérité, lequel a été de tout tems en uſage, & qui peut ſouvent être néceſſaire. Que ſi, au contraire, la ſubornation des témoins eſt encore plus dangereuſe dans les teſtamens que dans les contrats, comme on eſt obligé d'en demeurer d'accord, parce que le teſtateur peut avoir l'eſprit affoibli par la maladie, & que, venant à mourir enſuite, il ne peut ſe plaindre, ni expliquer de vive voix la fraude qu'on lui a faite, (ce qui n'eſt point à craindre

dans les actes entre-vifs,) il s'enſuit donc évidemment que les parlemens de droit écrit ayant vérifié, & obſervant cette ordonnance pour les contrats, dans la vue d'éviter par ſon ſecours la ſubornation des témoins; ils ont dû, par une conſéquence néceſſaire, l'étendre aux teſtamens à plus forte raiſon, puiſque de tous les actes de la vie, c'eſt celui ſouvent que l'on peut dire renfermer moins que tout autre, la véritable volonté du teſtateur, à cauſe des mauvais artifices dont on ſe ſert pour la ſurprendre ou pour la déguiſer aux héritiers légitimes; c'eſt pour cela même que la loi Romaine n'a rien voulu remettre du nombre des témoins dans un teſtament noncupatif, quoique fait en tems de peſte par un homme qui en eſt atteint, ſuivant la loi *Caſus, C. de Teſt.* & le ſentiment des docteurs cités par Chopin, liv. 2, tit. 1, *C. de Par. n.* 2; & il eſt ſurprenant que ceux qui ſe vantent d'obſerver la loi Romaine avec tant de ſcrupule, ſe ſoient diſpenſés de recevoir la preuve par témoins d'un teſtament noncupatif par un moindre nombre de témoins que celui qu'elle a preſcrit, & même de la recevoir, d'une diſpoſition verbale obmiſe dans un teſtament, telle qu'eſt une ſubſtitution, puiſque, comme dit cette même loi, il s'agit en cela de l'intérêt du teſtateur, en ce que plus la néceſſité eſt preſſante, plus le péril de la ſuggeſtion & de la ſuppoſition du teſtament eſt à craindre, & difficile à éviter; &, par conſéquent, plus il eſt indiſpenſable d'obſerver à la lettre toutes les formalités preſcrites par la loi, dans un acte qui eſt ſur le point de devenir irrévocable par le décès du teſtateur, & qui, contenant une diſpoſition univerſelle de tous ſes biens dans un tems ſuſpect, ne doit au moins lui être permis qu'avec toutes les précautions dont elle a pu s'aviſer pour en aſſurer la vérité: voilà à quelle extrémité conduit cette fauſſe liberté que l'on s'eſt conſervée en pays de droit écrit, de ſuivre les maximes & l'eſprit du droit Romain, au préjudice de nos ordonnances, quelque conformes qu'elles ſoient aux mœurs de notre ſiécle, & quelque néceſſaires qu'elles ſoient pour en réformer les abus, on s'eſt fait une raiſon d'indépendance, par la prévention que l'on a en faveur de ces loix étrangeres dont on ſe diſpenſe en faveur, quand on veut, & au hazard

de s'expoſer à des contrariétés évidentes, qu'une raiſon ſimple & naturelle feroit éviter : ils ſe ſont fait inſenſiblement un point d'honneur de juger de la ſageſſe des ordonnances de nos rois ; & s'ils n'oſent les condamner ouvertement, ils ſe font un prétexte des loix Romaines pour en renfermer le ſens dans des bornes ſi étroites, qu'en ne recevant que ce qu'il leur plaît de leurs diſpoſitions, ils avouent d'un côté qu'elles ſont juſtes & néceſſaires ; & ils ſe privent, en même tems, du fruit qu'ils en auroient pu tirer, s'ils y étoient entiérement ſoumis [*].

[*] On nomme *teſtamens noncupatifs* ceux qui ſont dictés par le teſtateur, & écrits par d'autres perſonnes, auxquelles les loix ont donné un caractere pour le recevoir ; le mot *nuncupari*, dont eſt dérivé celui de *noncupatif*, ne voulant dire autre choſe que *nominare, voce exprimere.*

L'ordonnance de 1735 fait mention des teſtamens noncupatifs : elle les autoriſe pour les pays où ils ont lieu ; mais elle veut qu'ils ſoient écrits. Voici ce que dit l'art. 4.

» L'uſage des teſtamens noncupatifs » écrits, & des teſtamens myſtiques ou » ſecrets, continuera d'avoir lieu dans les » pays de droit écrit, & autres, où leſ- » dites formes de teſter ſont autoriſées » par les coutumes ou ſtatuts. »

L'art. 5 porte : « Lorſque le teſtateur » voudra faire un teſtament noncupatif » écrit, il en prononcera intelligiblement » toutes les diſpoſitions, en préſence au » moins de ſept témoins, y compris le » notaire, ou tabellion, lequel écrira » leſdites diſpoſitions à meſure, qu'elles » ſeront prononcées par le teſtateur ; » après quoi, ſera fait lecture du teſta- » ment entier audit teſtateur, de la- » quelle lecture ſera fait mention par le- » dit notaire ou tabellion ; & le teſta- » ment ſera ſigné par le teſtateur, en- » ſemble par le notaire ou tabellion, & » par les autres témoins, le tout de ſuite, » & ſans divertir à d'autres actes ; & en » cas que le teſtateur déclare qu'il ne » ſçait ou ne peut ſigner, il en ſera fait » mention. »

Il n'y a pas lieu de douter que l'art. 1 que nous avons déja rapporté, ne doive ſe rapporter à ceux-ci, que les teſtamens noncupatifs ne ſoient compris dans la prohibition de recevoir à la preuve par témoins, & que cette prohibition ne s'étende aux pays de droit écrit. Le légiſlateur, en voulant que les teſtamens noncupatifs, qui ont lieu dans ces pays, ſoient rédigés par écrit, a exclu la preuve par témoins de ce qui les concerne.

Pour ce qui regarde les teſtamens myſtiques, l'art. 9 s'explique ainſi : « Lorſ- » que le teſtateur voudra faire un teſta- » ment myſtique ou ſecret, il ſera tenu » de ſigner ſes diſpoſitions, ſoit qu'il les » ait écrites lui-même, ou qu'il les ait » fait écrire par un autre ; ſera le papier » qui contiendra leſdites diſpoſitions, en- » ſemble le papier qui ſervira d'enve- » loppe, s'il y en a une, clos & ſcellé » avec les précautions en tel cas requi- » ſes & accoutumées : le teſtateur pré- » ſentera ledit papier, ainſi clos & ſcellé, » à ſept témoins au moins, y compris » le notaire ou tabellion, ou il le fera » clorre ou ſceller en leur préſence ; & » il déclarera que le contenu audit pa- » pier, eſt ſon teſtament écrit & ſigné » de lui : ledit notaire ou tabellion en » dreſſera l'acte de ſouſcription, qui ſera » écrit ſur ledit papier, ou ſur la feuille » qui ſervira d'enveloppe ; & ſera ledit » acte ſigné, tant par le teſtateur, que » par le notaire ou tabellion, enſemble » par les autres témoins, ſans qu'il ſoit » néceſſaire d'y appoſer le ſceau de cha- » cun deſdits témoins. »

L'art. 13 ne contient une exception aux art. 5 & 9, qu'au ſujet du nombre des témoins, qui peut être moindre dans les pays de droit écrit, où les ſtatuts les réglent de la ſorte.

Toutes ces précautions de l'ordonnance tendent manifeſtement à exclure la preuve teſtimoniale en cette matiere,

52. Pour ce qui eſt des teſtamens qui contiennent des legs pieux, leſquels on prétend auſſi n'être pas ſujets aux ſolemnités requiſes dans les autres teſtamens, on a demandé ſi, quand ces ſolemnités n'ont pas été obſervées, les legs ſont dûs en vertu du teſtament : ſur quoi il y a diverſité d'arrêts. Papon, liv. 20 de ſes arrêts, T. 6, en rapporte un du 20 Janvier 1549, qui confirma les legs pieux, quoique le teſtament fût nul par la préterition du fils poſthume du teſtateur. Maynard, liv. 5, chap. 17 & chap. 21, en rapporte deux conformes du parlement de Toulouſe. Péléus, acte 31, liv. 5, en cite un autre du 4 Mars 1602 ; & M. le Bret, liv. 3, part. 1, déciſ. 6, & le Journal des Audiences, liv. 5, chap. 39, en rapporte un du 21 Avril 1649.

53. Lhommeau, au contraire, dans ſes Maximes, liv. 3, n. 37, prétend que les ſolemnités preſcrites par la coutume, doivent être gardées dans les teſtamens ſans acception de perſonnes, même quoiqu'il s'agiſſe de legs pieux, & en rapporte un arrêt du 20 Mars 1581, rendu contre l'Hôtel-Dieu de Paris, lequel arrêt eſt auſſi rapporté par Montholon, chap. 7. Dans cette eſpece le teſtateur, qui n'avoit que des meubles, avoit donné aux pauvres tout ſon bien ſitué en coutume de Paris ; il avoit écrit au bas de ce teſtament : *Ce mien teſtament a été écrit par mon ſerviteur, & je l'ai ſouſcrit ;* ce qui rendoit le teſtament nul, parce que quand il eſt olographe, il doit être entiérement écrit de la main du teſtateur. Quelque tems après il avoit fait un autre teſtament, par lequel il avoit changé le lieu de ſa ſépulture ; mais cet arrêt ne jugea point la queſtion ; car on n'adjugea une ſomme de deux cens écus aux pauvres légataires, ſuivant le premier teſtament, qu'en conſéquence de l'offre faite par les héritiers de leur payer cette ſomme. Chopin, liv. 2, *de Morib. Pariſ. T.* 4, *n*, 19, rapporte auſſi un arrêt du 16 Février 1589, qui jugea que les legs pieux mentionnés dans un teſtament imparfait, n'étoient point dûs ; mais la cour, par un mouvement d'équité, adjugea une ſomme modique aux pauvres : ainſi, (comme remarque M. Ricard, des Donat. part. 1, chap. 5, ſect. 1, n. 1307,) le teſtament fait devant deux témoins ſeulement, ſuivant le chapitre *Relictum de teſtamento*, n'eſt

pas valable parmi nous ; & ſi on le diſpenſe quelquefois des formalités, c'eſt lorſque les legs ſont modérés, & qu'ils ſont faits aux Hôtels-Dieu, & Hôpitaux généraux, qui embraſſent une charité univerſelle, & ſans diſtinction de perſonne : il eſt certain auſſi que cette faveur ne va point juſqu'à faire admettre en leur faveur la preuve par témoins d'une diſpoſition verbale, à leur profit, par le teſtateur [*].

54. Quant à ce qui concerne les teſtamens faits en tems de peſte, il eſt conſtant, en pays coutumier, que, quoique la perſonne qui en eſt attaquée, n'ait pu trouver un notaire pour rédiger ſon teſtament par écrit, néanmoins la preuve par témoins n'en peut être reçue. Brodeau, ſur Louet, lettre T, nombre 8, en rapporte les arrêts, dont le premier eſt du 7 Janvier 1595, rapporté auſſi par Robert, liv. 2, chap. 20, ce qui eſt contraire, comme il a été dit, à l'opinion de Me Charles Dumoulin, ſur l'article 13 de la coutume de Nivernois, lequel eſt excuſable, dit Brodeau, parce que l'ordonnance de Moulins n'a été publiée que quelques jours après ſa mort ; la loi *Caſus*, *C. de Teſtamentis*, a ſeulement preſcrit aux témoins, s'ils ſont atteints de cette maladie, de ſe ſéparer les uns des autres pour ouïr le teſtament, mais elle n'a point diſpenſé le teſtateur d'y en appeller le même nombre ; & M. Cujas, dit Brodeau, qui avoit été d'avis que les témoins étoient diſpenſés de ſigner en tems de peſte, en ſa Conſult. 48, s'eſt retracté depuis dans ſes Poſthumes, ſur le T. au C. *de Teſt.* Brodeau confirme enſuite cette maxime par les ſentimens des docteurs, & par l'autorité des arrêts.

55. Il faut ajoûter que plus le péril eſt grand, plus on doit craindre que la volonté du teſtateur n'ait été ſurpriſe : c'eſt au teſtateur à s'imputer ſa faute, dit Brodeau, d'avoir attendu à diſpoſer ſi tard de ſon bien : *Lex non ſubvenit ei*

[*] Un moribond avoit remis à un prêtre une ſomme de 954 livres pour être employée en œuvres pies, ſans que ſa volonté fût conſtatée par aucun acte par écrit. Un arrêt du 26 Février 1738 a jugé que cette volonté, quoique non écrite, ſeroit exécutée : la tradition & les motifs de piété ont déterminé.

Cependant un arrêt du parlement de Toulouſe, du 26 Août 1747, a jugé qu'un teſtament écrit, daté & ſigné par le teſtateur, mais qui n'avoit point de ſuſcription, étoit nul, quoique fait en faveur de l'hôpital de Montpellier. On ne l'a regardé que comme un projet, au moyen de ce qu'il n'avoit pas de ſuſcription. (La ſuſcription eſt une formalité eſſentielle dans les pays de droit écrit pour les teſtamens olographes.)

qui in neceſſitate ſe poſuit. Les formalités des teſtamens ſont de droit public, &, par conſéquent, indiſpenſables. Au reſte, ce cas de peſte n'a pas été imprévu par les Coutumes : celles qui en ont parlé, comme Bayonne, T. 11, article 2 ; & celle de la Bourte, T. 11, article 5, doivent être obſervées : elles demandent deux témoins de bonne vie, gens de foi, quand ce teſtament n'eſt point rédigé par écrit ; & la premiere dit que s'il eſt rédigé par écrit, celui qui l'a écrit eſt compté pour un témoin : ainſi la ſignature du teſtateur avec celle d'un témoin ſuffit en cette coutume ; dans toutes les autres où il n'y a point de pareille diſpoſition, toutes les formalités néceſſaires doivent être obſervées ſans acception de tems ni de perſonnes.

56. Péléus, act. 66, Journal des Audiences, liv. 3, chapitre 1 ; Tronçon, ſur l'article 298, coutume de Paris, rapportent les arrêts qui ont caſſé des teſtamens faits en tems de peſte, parce que le nombre des témoins ne s'y trouvoit pas obſervé ; & Montholon, chap. 78, en rapporte un qui caſſa un teſtament imparfait, qui rappelloit les héritiers légitimes que le teſtateur avoit exclus par un teſtament ſolemnel précédent fait en faveur d'étrangers, quoiqu'on ſoutînt qu'il l'avoit pu faire, ſuivant la loi *Hâc conſultiſſimâ*, *C.* à laquelle on n'eut point d'égard en ce cas. Le même Montholon, chapitre 86, en rapporte un autre qui caſſa un teſtament fait par une femme malade de peſte, reçu par un prêtre qui n'avoit que la qualité de Vicaire ; outre qu'un des trois témoins requis par la coutume, étoit une femme : cet arrêt de 1598, prononcé à la Pentecôte, eſt auſſi rapporté par Chopin, l. 2, T. 4, n. 2, *de Mor. Par.* & par Brodeau ſur Louet, lettre T, n. 8.

Voyez Pithou ſur l'article 97, C. de Troyes ; Servin, T. 4, Plaid. 19. Journ. des Aud. T 1, ch. 36 ; & l. 3, ch. 47.

57. Pour le pays de droit écrit, Deſpeiſſes, en ſon Traité des Succeſſions, ſect. 4, n. 233, dit que ſi le teſtateur eſt ſain, quoique la peſte ait dépeuplé la ville, il faut ſept témoins, ſuivant la loi *Caſus*, *C.* & cite Boërius, déc. 228 ; Papon, l. 20, T. 1 de ſes Arrêts ; & Automne, *ad L. ult. C. de Teſtam.* & pluſieurs arrêts du parlement de Bordeaux : il dit, au contraire, que ſi le teſtateur eſt attaqué de peſte, il ſuffit de cinq témoins ; & de deux, ſi la ville eſt fort dépeuplée : or il eſt conſtant que deux ſuffiſent en ce pays-là, en tems de peſte, ainſi qu'a remarqué M. Ricard, parce qu'on

n'y obſerve ni l'ordonnance de Moulins, entant qu'elle a été étendue aux teſtamens, ni même la loi *Caſus ;* & il cite Dolive, liv. 5, chap. 2, lequel dit qu'à Toulouſe on ſuit l'opinion de ceux qui requierent cinq témoins en cette occaſion, excepté à l'égard des magiſtrats, dans les teſtamens deſquels, s'ils meurent en tems de peſte, en faiſant les fonctions de leurs charges, il n'eſt requis que deux témoins. Cambolas, liv. 5, chap. 41 ; Expilly, plaid. 36, en rapportent auſſi des arrêts ; Maynard, liv. 5, chap. 16 ; Stephanus, pour le parlement de Provence ; & Boërius, pour celui de Bordeaux ; ſur quoi il eſt bon de remarquer ici en paſſant une diſtinction fort judicieuſe de M. Bignon, avocat général, rapportée dans le Recueil des Arrêts de Bardet, liv. 5, ch. 36, nomb. 2, au ſujet du teſtament noncupatif, & du teſtament myſtique, en pays de droit écrit.

58. Il remarqua que l'écriture n'étant pas néceſſaire dans un teſtament noncupatif fait en pays de droit écrit [*], il n'eſt pas néceſſaire auſſi qu'il ſoit ſigné ſur le champ, & en préſence du teſtateur, par le notaire & par les témoins ; il ſuffit que le teſtateur y déclare ſa volonté devant eux, la foi de ce teſtament réſide dans leur bouche : c'eſt aſſez que le notaire rédige enſuite cette diſpoſition par écrit, telle qu'elle lui a été déclarée par le teſtateur ; il n'eſt pas néceſſaire auſſi que les témoins la ſignent, pourvu qu'après la mort du teſtateur, ils déclarent devant le juge que telle a été ſa volonté.

59. Mais à l'égard du teſtament myſtique & ſecret, qui a lieu auſſi en pays de droit écrit, tel qu'il étoit obſervé en droit Romain, & lequel doit être préſenté clos par le teſtateur aux témoins, comme étant ſon teſtament, il obſerva qu'ils doivent le ſigner en ſa préſence, même en tems de peſte ; & la preuve par écrit en eſt indiſpenſable : celle par témoins ne ſuffiroit pas ; car il y auroit du danger, ſans cette ſignature des témoins, que l'on ne ſuppoſât au teſtateur, & aux témoins un autre teſtament que celui qui leur auroit été préſenté par le teſtateur ; au reſte, le teſtament noncupatif dont il s'agiſſoit dans l'eſpece de cet arrêt, étoit fait par un Lyonnois atteint de maladie contagieuſe ; le notaire ni les témoins

[*] Voyez la note du n. 51 à la fin.

ne l'avoient point ſigné devant le teſtateur, qui n'avoit pas été interpellé de ſigner par le notaire [*].

60. Quant aux teſtamens militaires, la loi 15, *C.* qui eſt de Conſtantin, permet aux ſoldats de teſter : *Quomodò poſſint & quomodo velint*, comme ils peuvent, & en la maniere qu'il leur plaît ; & ajoûte que ſi un ſoldat s'eſt contenté d'écrire ſa derniere volonté, avec ſon ſang, ſur le fourreau de ſon épée, ou ſur ſon bouclier, ou qu'il l'ait tracée ſur la pouſſiere avec la pointe de ſon épée, lorſqu'il étoit ſur le point d'aller à la charge, cette volonté doit être exécutée ; mais ces loix ne ſont pas reçues ſi favorablement parmi nous.

61. M. Ricard, part 1, ſect. 10, chap. 5, n. 1628, remarque que les teſtamens militaires n'ont été introduits, en France, qu'en 1409, ſuivant ce que dit l'auteur du grand Coutumier : ils ont été enſuite autoriſés, quoique non rédigés par écrit, par les ordonnances de Henri III, de 1576 & 1577, articles 31 & 32, ſur la pacification des troubles ; ce qui a changé, dit-il, par l'ordonnance de Moulins, ſur quoi il rapporte l'arrêt de M. le Bret, l. 3, chapitre 4.

62. Louet en rapporte un autre, lettre T, nombre 8, qui permet la preuve par témoins d'un teſtament fait par un ſoldat en faveur de ſa fille, qui n'avoit point été rédigé par écrit ; il avoit été tué étant en ſentinelle ſur les murs de la ville d'Aurillac ; mais quoique M. Louet ſoit très-

[*] L'ordonnance a auſſi prévu le cas de peſte. L'art. 33 dit : « En tems de » peſte, les teſtamens, codicilles, ou autres diſpoſitions à cauſe de mort, pourront être faits en quelque pays que ce ſoit, en préſence de deux notaires ou tabellions, ou de deux des officiers de juſtice royale, ſeigneuriale ou municipale, juſqu'aux greffiers incluſivement, ou par-devant un notaire ou tabellion, avec deux témoins, ou en préſence du curé ou deſſervant, ou vicaire, ou autre prêtre chargé d'adminiſtrer les ſacremens aux malades, quand même il ſeroit régulier, & de deux témoins. »

L'art. 34 exige, outre cela, la ſignature, tant du teſtateur, que de celui ou ceux qui recevront le teſtament, & des témoins. »

Ces diſpoſitions doivent avoir lieu, ſelon l'art. 36, « tant à l'égard de ceux » qui ſeroient attaqués de peſte, que » pour ceux qui ſeroient dans les lieux » infectés de ladite maladie, encore » qu'ils ne fuſſent pas actuellement malades. »

L'art. 35 exige, ſous peine de nullité, toutes ces formalités, qui ne laiſſent aucun lieu à la preuve teſtimoniale, comme il eſt évident. Cette preuve, déja ſi ſuſpecte par elle-même, doit le devenir encore davantage par la circonſtance du tems, où le trouble & la confuſion donnent lieu à une infinité d'abus.

exact

exact dans les arrêts qu'il rapporte, Conſtant, en ſes Additions ſur la coutume de Poitou, article 268, dit que cet arrêt prononcé par M. le premier préſident du Harlay, aux Grands-Jours d'Auvergne, jugea ce teſtament bon & valable en tout ce qu'il contenoit, encore que le teſtateur fût mort avant de le pouvoir finir, ſuivant le texte de la loi *Si mater, C. de inoff. Teſtam.* ce qu'il dit avoir appris du ſieur Guillot, avocat, qui l'avoit entendu prononcer; il fut rendu en 1590; ainſi par cet arrêt on ne permit point la preuve par témoins, comme dit M. Louet, à ce que Conſtant prétend, puiſque le teſtament fut confirmé à l'audience, quoiqu'imparfait.

63. Le même M. Louet en rapporte un autre enſuite, rendu à ſon rapport, le 15 Mai 1592: le teſtament étoit fait devant notaire, lequel avoit obmis une ſolemnité preſcrite par la coutume de Sens; mais il ne dit point ce qui fut jugé. Brodeau, après avoir cité ceux qui rapportent des arrêts des parlemens de droit écrit, où ces teſtamens ſont reçus, dit que ſi le teſtament eſt fait par le ſoldat étant en faction militaire, non écrit, il n'a point lieu, & que la preuve par témoins n'en doit pas être reçue, ſuivant l'ordonnance de Moulins, & l'article 83 de celle d'Orléans; mais s'il eſt par écrit, & que la volonté du teſtateur ſoit conſtante, encore qu'il manque quelque choſe aux ſolemnités du teſtament, le privilége militaire ſupplée à ce défaut; ce qui ſe pratique ainſi, dit-il, au parlement de Paris, ſuivant qu'il a été jugé par les arrêts: il cite M. le Bret, liv. 3, déciſ. 4; & ajoûte que cela n'a point lieu en faveur de ceux qui portent les armes contre les défenſes du roi.

64. Mais, dit M. Ricard, quand il ne s'agit que d'un délit militaire, quoique le ſoldat ait été condamné pour raiſon de ce délit, ſon teſtament ne laiſſe pas d'être valable, auſſi-bien que ſon codicille, ſans aucune ſolemnité. Avant l'ordonnance de Moulins, le teſtament militaire étoit valable, même *ſine ſcripturâ*, comme dit Dumoulin cité ci-deſſus ſur l'article 13 du chapitre 33 de la Coutume de Nivernois. M. le Bret, dans l'arrêt rapporté par Brodeau, remarque expreſſément que nulle loi en France n'a reçu ce privilége des ſoldats Romains, qui leur fut

accordé par Jules César ; & il eſt à noter que le teſtament dont il parle, portoit une ſubſtitution qui n'avoit pu être publiée ni regiſtrée, ſuivant l'article 57 de l'ordonnance de Moulins, parce que l'on prétendoit qu'elle avoit été faite verbalement dans un teſtament noncupatif. Il eſt pourtant conſtant que l'uſage a reçu en France les teſtamens militaires.

65. C'eſt pourquoi Baſnage, article 413 de la coutume de Normandie, dit qu'il faut ajoûter le teſtament militaire aux deux eſpeces de teſtamens mentionnés en cette coutume, & cite deux arrêts du parlement de Normandie, qui confirmerent deux teſtamens militaires faits ſans ſolemnités, parce que la volonté du teſtateur étoit certaine.

66. Quant au pays de droit écrit, Maynard, liv. 5, chap. 93, prétend que le privilége du teſtament militaire, étant compris dans le Corps du droit, & l'ordonnance de Moulins n'ayant pas dérogé à ce privilége, c'eſt ſuivre le droit commun, en ce pays-là, que d'y recevoir les teſtamens militaires ſans aucune ſolemnité ; & il en rapporte des arrêts du parlement de Toulouſe, un entr'autres de 1580, qui confirma le teſtament d'un ſoldat qui avoit dit & déclaré ſa derniere volonté à ſes compagnons, étant ſur le point d'aller à l'aſſaut de Puylaurens, où il fut tué ſur la bréche : auſſi en pays de droit écrit, on n'obſervoit point autrefois la diſtinction de Brodeau, dont il a été parlé ci deſſus ; & quoique le teſtament du ſoldat ne fût pas rédigé par écrit, il ne laiſſoit pas d'être exécuté, *Si de voluntate ejus conſtaret*, c'eſt-à-dire, ſur le ſeul témoignage de deux témoins : on ſe fondoit, en ce pays-là, ſur ce que l'ordonnance de Moulins, ne parlant point des teſtamens, on n'avoit pas cru l'y devoir étendre, comme il a déja été remarqué. Maynard remarque néanmoins que ſi celui qui eſt ſubſtitué à l'héritier par un teſtament noncupatif, tel que peut être celui du ſoldat, ne l'a point fait répéter devant le juge, c'eſt-à-dire n'a point fait entendre les témoins qui l'ont reçu, après la mort du teſtateur, & publier enſuite la ſubſtitution ; en ce cas, après les dix ans, la preuve par temoins de ce teſtament noncupatif ne ſeroit pas même reçue au parlement de Toulouſe [*].

[*] L'ordonnance déja citée régle auſſi la forme des teſtamens militaires. L'art. 27

67. Il reſte à expliquer la troiſieme partie de ces Additions, touchant les cas auxquels il eſt incertain s'il y a un teſtament, ou ſi celui qui paroît, doit ſubſiſter. On demande premiérement, ſi la preuve par témoins de la ſuppreſſion d'un teſtament eſt recevable ; ſur quoi il faut remarquer que celui qui demande à faire cette preuve, ſuppoſé qu'elle ſoit recevable, doit y conclure préciſément, *in limine litis;* car s'il articule, par exemple, que le teſtament a été dépoſé entre les mains d'une certaine perſonne, & qu'il demande enſuite à en faire la preuve par témoins, il n'y ſera plus recevable, comme il a été dit, parce que la preuve par témoins d'un dépôt volontaire n'eſt pas admiſſible, ſuivant l'ordonnance de 1667, & que l'on ne peut être reçu à changer de concluſion, ſi ce n'eſt avant conteſ-

eſt conçu en ces termes : « Les teſta-
» mens, codicilles, & autres diſpoſi-
» tions, à cauſe de mort, de ceux qui ſer-
» vent dans nos armées, en quelque pays
» que ce ſoit, pourront être faits en
» préſence de deux notaires ou tabel-
» lions, ou d'un notaire ou tabellion, &
» de deux témoins, ou en préſence de
» deux des officiers ci-après nommés,
» ſçavoir, les majors & les officiers d'un
» rang ſupérieur, les prévôts des camps
» & armées, leurs lieutenans ou gref-
» fiers, & les commiſſaires des guerres
» ou de l'un deſdits officiers avec deux
» témoins ; & en cas que le teſtateur ſoit
» malade ou bleſſé, il pourra auſſi faire
» ſes dernieres diſpoſitions, en préſence
» d'un des aumôniers de nos troupes, ou
» des hôpitaux, avec deux témoins, &
» ce, encore que leſdits aumôniers ſuſ-
» ſent réguliers. »

Art. 8. « Le teſtateur ſignera les teſta-
» mens, codicilles, ou autres dernieres diſ-
» poſitions mentionnées dans l'art. précé-
» dent, s'il ſçait ou peut ſigner ; & en
» cas qu'il déclare ne ſçavoir ou ne pou-
» voir le faire, il en ſera fait mention.
» Seront leſdits actes, pareillement ſi-
» gnés par celui ou ceux qui les rece-
» vront, enſemble par les témoins,
» ſans néanmoins qu'il ſoit néceſſaire
» d'appeller des témoins qui ſçachent ou
» puiſſent ſigner, ſi ce n'eſt lorſque le
» teſtateur ne ſçaura ou ne pourra le
» faire ; &, à la réſerve de ce cas, lorſ-
» que les témoins ou l'un d'eux, déclare-
» ront qu'ils ne ſçavent ou ne peuvent
» ſigner, il ſuffira d'en faire mention. »

Les art. 30, 31, 32 contiennent d'autres diſpoſitions à ce ſujet. Il en réſulte comme on voit, que la preuve par témoins ne peut pas être admiſe pour ces teſtamens ; car l'inobſervation des formalités preſcrites en ces articles, emporte nullité.

En Eſpagne, le teſtament militaire ne deſire d'autre formalité qu'une écriture ſur le bouclier, ou ſur les armes du teſtateur, ou même ſur la terre ; &, à défaut d'écriture, deux témoins qui atteſtent la diſpoſition.

Ce qui n'a pas empêché qu'un arrêt du 20 Janvier 1717, rendu en la quatrieme des enquêtes, au rapport de M. Boutet de Guignonville, n'ait débouté de ſes demandes un ſieur Booth, en faveur duquel le ſieur Thomas Lutrel, capitaine réformé à la ſuite du ſecond bataillon du régiment de Barwick au ſervice de France, à Carthagene, avoit diſpoſé verbalement de deux mille écus, ſur des rentes aſſignées ſur l'hôtel-de-ville de Paris. Deux capitaines dudit régiment en avoient fait leur déclaration en bonne forme, le 8 Novembre 1706, devant le prévôt de l'armée Françoiſe à Carthagene. Il a été jugé que cette déclaration ne pouvoit valoir comme teſtament militaire en France, parce que les armées Françoiſes, dans les pays étrangers, doivent ſe conformer aux loix du royaume.

tation en cauſe. Bardet, liv. 1, chap. 60, en rapporte un arrêt dans l'eſpece de quatre promeſſes ſouſtraites par un des cohéritiers lors de l'inventaire, auquel on en demanda la reſtitution, comme d'un dépôt qui lui avoit été confié : cet arrêt fut rendu ſur les concluſions de M. le Bret, le 11 Juin 1619, & débouta de la preuve, par cette raiſon.

68. Quant à la queſtion générale, M. Ricard, Traité des Donations, part. 3, chap. 1, nombre 6, dit qu'elle eſt problématique : il conclut néanmoins que la preuve eſt admiſſible, ſi le fait de la ſuppreſſion eſt bien circonſtancié ; car, dit-il, ce fait n'ayant pu être prévu, & ne dépendant point de la convention des parties, puiſqu'il eſt contre leur volonté, il ſeroit dangereux d'en rejetter la preuve quand il y a des témoins de la vérité ; car ce ſeroit ainſi accorder la liberté à l'héritier de jetter au feu le teſtament qui ſe trouveroit être fait à ſon préjudice, outre que ce ſeroit laiſſer un crime impuni. Mais ce n'eſt pas aſſez, ajoûte-t-il, de ſoutenir que le teſtament a été ſouſtrait; il faut articuler des faits précis de la ſuppreſſion : par exemple, ce n'eſt pas aſſez de ſoutenir que le teſtament a été vu & lu avant le décès du teſtateur ; il faut articuler qu'il a été vu & lu depuis ſon décès, parce qu'il ſe peut faire que le teſtateur lui-même l'ait ſupprimé après l'avoir fait ; & il faut encore prouver qu'il a été ſupprimé par le fait de l'héritier *ab inteſtat*, ou par ſon ordre, & que cette ſuppreſſion a été faite par violence, & contre la volonte du teſtateur qui, étant à l'extrémité, n'a pu en faire ſa plainte : il rapporte pluſieurs arrêts dont il explique les déciſions différentes, notamment de ceux qui ont admis la preuve, quand les faits de ſouſtraction ont été jugés admiſſibles. Ils ſont tirés de Chopin, liv. 2, tit. 4, n. 5 ; de Cambolas, chap. 41 ; & de Fevret, liv. 7, Tr. de l'Abus, chap. 12, n. 28, auxquels on peut ajoûter celui du Journal des Audiences, liv. 8, chap. 12, n. 28, qui admit la preuve de la ſuppreſſion & lacération d'un teſtament, quoique l'on ſoutînt que ce teſtament n'étoit pas parfait, ni ſigné des parties, & par conſéquent nul.

69. Baſnage, titre des Teſtamens, coutume de Normandie, page 210, ſoutient indéfiniment au contraire, nonobſtant l'opinion de M. Ricard, que depuis l'ordonnance de

Moulins, qui eſt générale, on ne doit plus être reçu à prouver par témoins le fait de ſuppreſſion d'un teſtament, parce que ſi cette preuve n'eſt pas reçue, quand il s'agit d'un fait de ſuggeſtion d'un *fidéicommis* tacite, & de révocation d'un teſtament, il y a beaucoup moins d'apparence de recevoir la preuve de l'exiſtence d'un teſtament, pour en faire ſubſiſter la foi dans la bouche de deux témoins. Il eſt vrai, ajoûte-t-il, que dans le droit Romain, le fait de ſuppreſſion d'un teſtament étoit un crime, & que par cette raiſon, on pouvoit ſe pourvoir criminellement en ce cas; mais il y a beaucoup d'autres choſes qui paſſoient pour crimes en droit, dont l'ordonnance n'a point reçu la preuve, comme l'interverſion d'un dépôt: ainſi cette preuve ſeroit d'une trop dangereuſe conſéquence, conclut Baſnage.

70. Et à l'égard de la reſtriction que fait M. Ricard, lequel veut que dans ce cas, on articule préciſément que le teſtament a été vu & lu depuis la mort du teſtateur, il ſoutient que même cette reſtriction n'apporte point de remede à la facilité des témoins, que l'ordonnance a voulu prévenir; que d'ailleurs l'héritier *ab inteſtat*, qui eſt l'héritier du ſang, étant plus favorable en pays coutumier que l'héritier teſtamentaire, il ne faut pas expoſer à l'avarice de l'un la fortune de l'autre: il demeure pourtant d'accord enſuite que la fin de non-recevoir, qui réſulte de l'ordonnance de Moulins n'eſt pas aſſez forte pour faire rejetter cette preuve abſolument; mais il dit que pour la faire recevoir, il faut encore offrir de prouver la teneur de ce teſtament par témoins, ſans quoi ce fait de ſuppreſſion demeure inutile: *Fruſtrà enim probatur quod probatum non relevat;* car il faut ſçavoir ce que contenoit ce teſtament, & voir s'il étoit au profit de celui qui articule la ſuppreſſion; & cette derniere maxime eſt indubitable, & doit être ſuppléée à ce que dit M. Ricard ſur cette queſtion.

71. Le Grand, ſur la coutume de Troyes, article 168, tit. 10, ajoûte, à ce que dit Baſnage, que quand il y auroit des témoins qui dépoſeroient avoir vu le teſtament, & ce qu'il contient, le juge ne doit pas s'arrêter encore à cette preuve, à cauſe de la ſubornation des témoins; ſur quoi il obſerve que ſi les héritiers *ab inteſtat*, étoient

accuſés de l'avoir ſupprimé en droit Romain, la preuve étoit admiſſible, ſi l'héritier dénioit qu'il y eût eu aucun teſtament, & que, ſuivant nos mœurs, cette ſuppreſſion étant un dol, elle eſt exceptée de l'ordonnance de Moulins. Enfin, dit-il, quand il y auroit preuve de la teneur du teſtament, il ſeroit difficile au juge de prononcer une condamnation certaine contre l'héritier qui a ſupprimé le teſtament; & la condamnation qu'il prononceroit contre lui, ne ſe pourroit réſoudre qu'en dommages & intérêts.

L. Poſtquàm 3, §. Si dies D. de Legat. & Fideicomm. & l. ult. C. de Edendo.

Mais, dit-il, ſi c'eſt un teſtament ſolemnel, il faut que les témoins dépoſent auſſi que les ſolemnités y ont été gardées; ce qui eſt conforme à l'opinion de Baſnage, quand il dit qu'il faut, en ce cas, prouver la teneur du teſtament. Il ſeroit trop long de répondre ſéparément à ces objections que l'on fait contre le ſentiment de M. Ricard: il ſuffit que l'un & l'autre de ces deux auteurs conviennent avec lui que la preuve par témoins de la ſouſtraction d'un teſtament peut être admiſe ſuivant les circonſtances; & c'eſt en effet tout ce qu'on peut raiſonnablement décider dans une matiere ſi obſcure & ſi arbitraire.

72. Soëfve, Cent. 3, chap. 57, rapporte néanmoins un arrêt du 17 Janvier 1651, qui débouta de la preuve par témoins qu'on demandoit d'une pareille ſuppreſſion, quoiqu'on articulât que le teſtament avoit été vu après la mort du teſtateur. On alléguoit la loi 1, *D. Si tabulæ Teſt. nul. extabunt;* & la loi premiere, §. *Semel de bon. poſſ. ſecundùm tabulas.* On ſoutenoit que l'ordonnance de Moulins avoit été étendue aux teſtamens, & que la ſouſtraction étant un crime, ſuivant la loi 35, *de Dolo*, l'ordonnance ne parlant que des conventions des parties, ne devoit pas avoir lieu dans le cas de ſouſtraction de piéces. On oppoſoit, au contraire, que le teſtament noncupatif n'ayant point lieu en France, ce ſeroit l'admettre indirectement, que de recevoir la preuve d'un fait de ſuppreſſion, & de la teneur du teſtament par la dépoſition des témoins, & qu'ainſi ce ſeroit donner un moyen de ſuppoſer ſouvent un teſtament à ceux qui n'en auroient point fait.

Si quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas poſt mortem teſtatoris delevit, vel aliomodo corruperit, hæres ſcriptus habebit adverſus eum actionem de dolo, &c.

73. Boniface, liv. 8, tit. 27, chap. 8, ſur cette même queſtion, prétend que réguliérement la preuve de la ſouſtraction, ou de la perte d'un acte, n'eſt pas reçue, ſi ce

n'eſt en cas d'incendie, naufrage, ou autre cas fortuit, dont il rapporte un arrêt du 5 Février 1646 : néanmoins on ne peut conclure ſur de pareils arrêts, que la preuve par témoins de la ſuppreſſion d'un teſtament ne doit jamais être reçue qu'en ces occaſions, parce qu'il peut y avoir d'autres cas où le fait ſeroit ſi bien circonſtancié, & ſoutenu de préſomptions ſi violentes, que la preuve en ſeroit indubitablement admiſe.

74. Par exemple, ſi l'on articuloit des cauſes manifeſtes de la part du teſtateur qui ont pu l'obliger de deshériter ſon héritier *ab inteſtat ;* ſi l'on mettoit en fait que cet héritier ayant ſçu que le teſtateur l'avoit deshérité, s'étoit rendu maître de ſa maiſon, de ſa perſonne & de ſes domeſtiques, au tems de ſa mort ; ſi l'on ajoûtoit que le ſcellé n'ayant point été mis ſur les papiers du teſtateur, que quelque tems après ſa mort, cet héritier en avoit emporté une partie : enfin, ſi on offroit de prouver que cet héritier, depuis la mort du teſtateur, avoit interverti les effets ; qu'il les avoit mis ſous des noms empruntés, & qu'en un mot la fraude fût en quelque ſorte notoire, la preuve ſeroit ſans doute admiſſible, quand même il n'y auroit qu'une partie de ces circonſtances qui y rencontraſſent. Mais il faut que le juge ſe ſouvienne, en cette occaſion, que la maxime du droit eſt contre celui qui demande à faire cette preuve, parce que celui qui allégue un acte en juſtice, doit le repréſenter : *Si ſcripturam authenticam non vidimus, aut exemplaria, nihil facere poſſumus.* La loi premiere, *D. Teſtam. quemad. aper.* veut, à cet effet, qu'on communique le teſtament à tous ceux qui y ont intérêt : d'ailleurs s'agiſſant d'un dol perſonnel, qui charge la réputation de l'héritier *ab inteſtat*, ce fait ne doit pas être allégué en termes vagues & généraux : *Scire enim debet actor, in quâ re circumſcriptus ſit, nec in tanto crimine vagari ;* ainſi il faut que l'héritier teſtamentaire, ou le légataire, prouve de quelle maniere la choſe s'eſt paſſée, par des preuves indubitables.

Cap. ult. Extravag. de teſtament.

Perſpicuis indiciis.

75. M. le Preſtre, Cent. 1, chap. 60, comme il a déja été remarqué, ſoutient auſſi que cette preuve de la ſouſtraction d'un titre n'eſt point contraire à l'eſprit de l'ordonnance de Moulins. Car autre choſe eſt, dit-il, de prouver

par témoins qu'une choſe nous eſt due ; ce qu'elle défend préciſément, (parce que cette dette eſt l'effet d'une convention qui doit être rédigée par écrit ;) autre choſe eſt de prouver que l'on a perdu le titre de cette dette, & qu'il nous a été ſouſtrait.

76. La ſeconde choſe qu'il faut examiner, regarde le cas auquel le teſtateur a été empêché de teſter.

77. Ce qui peut arriver en pluſieurs manieres, ou par le moyen de la ſuggeſtion, qui ſubſtitue, en quelque ſorte, la volonté d'un étranger à celle du teſtateur, ou par voie de fait, quand on lui a ôté les moyens de faire ſon teſtament, ou de changer, ou de révoquer celui qu'il avoit fait. Pour ce qui eſt de la ſuggeſtion, il faut diſtinguer d'abord ce que c'eſt qu'une diſpoſition captatoire, en termes de droit, d'avec la ſuggeſtion, parce que la loi ne s'eſt point ſervi du terme de *ſuggeſtion*, mais de celui de *captation* dans les deux titres du Dig. & du Cod. *Si quis aliq. teſt. prohib.*

Captatorias inſtitutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt ſed quarum conditio confertur ad ſecretum alienæ voluntatis.

78. La définition de la captation eſt rapportée dans la loi 70, *ff. de Hæred. inſt.* laquelle eſt de Papinien. *Le Sénat*, dit cet excellent juriſconſulte, *n'a pas défendu comme captatoires les inſtitutions d'héritier, qui n'ont pour principe & pour motif, qu'une affection réciproque entre ceux qui s'inſtituent mutuellement héritiers ; mais il a défendu les inſtitutions faites ſous condition que celui que nous inſtituons, nous inſtituera auſſi ſon héritier, & leſquelles, par conſéquent, dépendent du ſecret de la volonté d'un autre, c'eſt-à-dire du teſtament qu'il fera.*

79. M. Cujas, ſur cette loi, obſerve qu'il n'y a que les interpretes Grecs qui l'aient bien entendue, & qu'à l'exception de Socinus le jeune, tous les interpretes Latins s'y ſont trompés, en ce qu'ils ont cru qu'elle devoit s'entendre des diſpoſitions qui dépendent de la volonté d'une autre perſonne que de celle du teſtateur, comme ſi quelqu'un inſtitue pour ſon héritier la perſonne que Titius voudra choiſir : or cette inſtitution n'eſt pas nulle, comme captatoire, parce que le teſtateur par cette inſtitution, dit M. Cujas, n'engage point Titius à l'inſtituer ſon héritier, en récompenſe du choix qu'il lui laiſſe de lui en nommer un ; mais elle eſt nulle, parce que dépendant entiérement de Titius,

Titius, c'eſt la volonté de Titius qui fait, en ce cas, le teſtament, & non pas celle du teſtateur ; ce qui eſt directement oppoſé à la définition du teſtament.

80. Qu'eſt-ce donc qu'une diſpoſition captatoire ? C'eſt une diſpoſition conditionnée qu'on peut appeller, dit M. Cujas, ſuivant le texte des Baſiliques, la récompenſe d'un bienfait, avant que le bienfait ait été reçu, parce qu'elle dépend de ſçavoir ſi celui que nous inſtituons héritier, nous inſtituera auſſi ſes héritiers ; d'où il s'enſuit, ſelon M. Cujas, que ſi cette diſpoſition eſt référée au tems paſſé ; par exemple, ſi le teſtateur dit : J'inſtitue Titius mon héritier pour la même portion qu'il m'a inſtitué ſon héritier, elle n'eſt point captatoire, parce qu'elle n'eſt pas faite à deſſein d'attirer & de mériter une pareille diſpoſition de celui en faveur duquel elle eſt faite ; mais c'eſt une récompenſe de la diſpoſition qu'il a déja faite à notre profit ; ce qui eſt permis ; & la loi *Illæ autem, ff. de Hæred. inſt.* y eſt préciſe.

Repræſentatio beneficii ante beneficium. Cujas, ibid. *Et in iiſdem exemplis inſtitutiones non gratiam repoſcunt ut captatoriæ ſed referunt, cùm beneficium acceptum conſequantur.*

Turpis eſt hæc inſtitutio; & pleraque hujuſmodi in jure noſtro referuntur ad honeſtatem; quæ eſt tertium præceptum juris, honeſtè vivere.

§. 5. *Valent tamen quæ in præteritum tempus conferuntur ut quâ ex parte me Petrus hæres ſcripſit, ex eâ parte mihi Paulus hæres eſto.*

81. Duaren, ſur le T. *de Hæred. inſt. ff.* dont eſt tirée la loi *Captatorias*, reconnoît auſſi qu'Accurſe, & ceux qui l'ont ſuivi, ont mal expliqué la loi *Captatorias*, & dit qu'une diſpoſition captatoire n'eſt point celle qui eſt référée au tems paſſé, mais au tems futur, laquelle étant contre l'honnêteté publique, a été juſtement prohibée par la loi, comme contraire au troiſieme précepte du droit ; & c'eſt par cette raiſon d'honnêteté, qu'elle eſt même défendue aux ſoldats par la loi 11, *C. de Teſt. milit.* parce que les loix de l'honnêteté ſont pour eux, comme pour tout le monde.

82. Harménopule, l. 5, T. 8, §. 4, excepte des inſtitutions captatoires, celles qui dépendent & qui ſont référées au tems paſſé. Godefroi, ſur la loi 11, *C. de Teſt. milit.* eſt de même ſentiment ; & il dit qu'il faut lire, *Mutuatis affectionibus*, & non pas *Mutuis affectionibus*, dans la loi 70, *ff. de Hæred. inſt.* Il eſt certain que ſuivant nos mœurs, les arrêts ont condamné les inſtitutions conditionnées, faites en exécution des conventions réciproques de s'inſtituer héritiers, parce qu'on les a regardées comme captatoires & frauduleuſes, ſuivant la loi *Captatorias* [*].

[*] L'ordonnance de 1735 a abrogé l'uſage des teſtamens mutuels. « Abro-

83. Charondas, en ſes Réponſes, l. 8, chap. 60, en rapporte une eſpece, dans laquelle il avoit écrit. Un particulier avoit inſtitué, par ſon teſtament, une perſonne qui n'étoit ni ſon parent ni ſon allié : après ſa mort on trouva dans ſes papiers une lettre attachée à la minute de ſon teſtament, écrite & ſignée de la main de cet héritier inſtitué, par laquelle il mandoit au défunt, qu'il l'avoit inſtitué ſon héritier, ainſi qu'il paroiſſoit par la copie du teſtament dont il lui envoyoit le projet, & le prioit, ſuivant la promeſſe qu'il lui avoit faite de l'inſtituer auſſi ſon héritier ; à quoi ce teſtateur ayant ſatisfait par ce teſtament, les héritiers ſoutinrent que cette diſpoſition étoit nulle, comme référée au tems paſſé ; & par arrêt du 4 Février 1559, l'inſtitution fut jugée captatoire, le teſtament déclaré nul. Maynard, l. 8, chap. 61, en rapporte un autre arrêt preſque pareil dans les circonſtances, rendu par le parlement de Toulouſe, au mois de Mars 1574 ; & il approuve le ſentiment de l'arrêt rapporté par Charondas ci-deſſus.

On n'entreprend pas d'examiner ici ſi M. Ricard a mieux entendu le ſens des loix, touchant les legs captatoires que M. Cujas: es teſtamens mutuels ſont licites, quand ils ſe font en même tems, ou que celui qui teſte le dernier diſpoſe librement en faveur du pre-

84. Néanmoins M. Ricard, tit. des Donat. part. 3, chap. 1, n. 65, eſtime que les inſtitutions conçues pour le paſſé, portent bien plus la marque de la captation, que ſi le teſtateur s'étoit expliqué par le futur, parce que dans ce cas de la loi, on peut dire que Titius a fait connoître ſon teſtament au teſtateur, afin de captiver ſa volonté, & de le provoquer à faire le ſemblable à ſon égard ; au lieu que quand la diſpoſition eſt conçue pour le tems futur, la diſpoſition de celui qui l'a faite, n'eſt point provoquée par celle de celui en faveur de qui elle eſt faite ; mais elle la provoque ſeulement [*].

» geons, dit l'art. 77, l'uſage des teſta-
» mens, ou codicilles mutuels, ou faits
» conjointement, ſoit par mari & femme,
» ou par d'autres perſonnes. Voulons
» qu'à l'avenir, ils ſoient regardés comme
» nuls & de nul effet dans tous les pays
» de notre domination, &c. » Voyez les deux arrêts des 21 Mai 1743 & 25 Mai 1746, que la Combe rapporte ſur cet article dans ſon Recueil de Juriſprudence.

[*] Ce n'eſt pas la condition qui fait le vice de ces teſtamens, puiſque, comme on ſçait, les conditions ſont permiſes dans les teſtamens, mais la captation qui réſulte de ce qu'une perſonne prévient l'eſprit d'un autre, & captive ſa volonté dans un acte qui doit être parfaitement libre; ce qui n'a pas moins lieu, comme remarque fort bien Ricard, dans les inſtitutions conçues pour le paſſé, que dans celles conçues pour le futur. On peut même dire que les premieres ſont encore plus ſujettes à la fraude & à la captation; car il peut arriver que celui qui veut engager un autre à teſter en ſa faveur,

85. Pour ce qui eſt des ſuggeſtions, M. Ricard, *ibidem, num.* 3, 4, 5, *& ſeqq.* poſe pour principe que l'ordonnance de Moulins, qui défend la preuve par témoins au-deſſus de cent livres, n'a point été faite pour favoriſer les mauvaiſes intentions des hommes, & n'a d'application qu'aux cas où l'on peut avoir fait des contrats ou des actes par écrit, & qu'ainſi elle n'a pas lieu en matiere de ſuggeſtion, dans laquelle il s'agit de la preuve d'un fait arrivé contre la volonté de celui qui s'en plaint [*], outre que la ſuggeſtion eſt une eſpece de crime, ſuivant la loi premiere, *ff. Si quis al. Teſt. proh.* Et, n. 39, il fait voir que le teſtament fait par ſuggeſtion, ne laiſſe pas d'être une action volontaire, mais faite néanmoins contre l'élection de celui qui la fait, c'eſt-à-dire que le choix de cette action ne tire pas ſon origine de l'eſprit & de la volonté du teſtateur, mais de celui qui l'a ſuggéré, ſoit qu'il y ait force ou contrainte, ou ſimple perſuaſion, laquelle eſt encore plus dangereuſe que la force ouverte.

86. M. Dargentré, ſur l'article 571 de la coutume de Bretagne, laquelle, conformément au droit Romain, déclare nuls les legs qu'une perſonne a écrits lui-même en ſa faveur dans le teſtament d'un autre, dit que ſuggérer, c'eſt apporter un teſtament tout fait au teſtateur, ou le dicter, & prévenir ſa volonté de telle ſorte par ſes diſcours, qu'on le pouſſe à nous laiſſer quelques legs; car c'eſt lui arracher, en quelque ſorte, un préſent qu'il n'avoit pas deſſein de faire [**].

mier quoiqu'en vue de le récompenſer des legs qu'il lui a faits; mais la convention de s'inſtituer héritier eſt formellement oppoſée à la liberté de teſter.

Eadem cauſa eſt eorum qui aliena teſtamenta ſuggerunt, offerunt, dictant. Suggerere videtur qui non rogatus à teſtatore, ultrà voluntatem ejus prævenit verbis & impulit ut ſibi aliquid relinqueret quod communi conſenſu pro nullo haberi volunt, veluti id ſit ingerere teſtanti non cogitatam anteà liberalitatem & elicuiſſe judicium non ſpontaneum, nec liberæ voluntatis, quod maximè in teſtamentis expoſcunt.

lui faſſe voir un teſtament ſuppoſé, ou qu'après être parvenu à ſes fins, il change les diſpoſitions de ſon teſtament.

[*] La nouvelle ordonnance déja citée, l'a décidé, art. 47. « Sans préjudice, » porte cet article, des autres moyens » tirés ..... de la ſuggeſtion & captation » deſdits actes, leſquels pourront être » allégués, ſans qu'il ſoit beſoin de *s'inſcrire en faux* à cet effet. »

Ces derniers mots ont été mis pour renverſer l'opinion peu raiſonnable de quelques juriſconſultes, qui ſoutenoient que, lorſqu'on ſe plaignoit de la ſuggeſtion, il falloit attaquer le teſtament par la voie d'inſcription de faux; en quoi ils introduiſoient une forme, la plûpart du tems, impraticable, puiſque le teſtament pouvoit être matériellement vrai, c'eſt-à-dire écrit de la main du teſtateur, & cependant n'être pas l'expreſſion de ſa volonté, c'eſt-à-dire avoir été ſuggéré.

Le nouveau Commentateur de la Rochelle, art. 41, n. 51, penſe que, lorſque pour prouver la ſuggeſtion, on ſoutient que le notaire a porté le teſtament tout dreſſé au teſtateur, & qu'il n'a fait que lui en donner lecture; alors, comme dans ce cas, on ſoutient fauſſe l'énonciation que le teſtateur a dicté ſes dernieres volontés, il y a néceſſité de s'inſcrire en faux pour faire recevoir le fait.

[**] Ricard, *loco cit.* part. 5, ch. 1, n. 1, définit la ſuggeſtion: « Une fauſſeté

M. Ricard distingue ensuite, au même endroit, deux sortes de faits de suggestions; ceux qui se sont passés lors du testament, & ceux qui se sont passés avant le testament.

A l'égard des premiers, dans les testamens où le notaire

» artificieusement déguisée, en ce que » celui qui s'en sert, substitue sa volonté » au lieu de celle du défunt, & fait tant » néanmoins, par adresse & par mauvais » artifices, que le testateur la consent, » & la prononce. »

M. Potier sur Orléans, tit. des Testamens, n. 29, dit : « Un legs est fait » par suggestion, lorsque le testateur a » été vivement sollicité à le faire, soit » par le légataire, soit par d'autres, » dans le tems, ou peu avant la confec- » tion du testament; ce qui fait présu- » sumer que le testateur l'a fait, plutôt » pour se délivrer de l'importunité de » ceux qui le portoient à le faire, que » par un motif d'une juste affection.

» La suggestion, continue le même » auteur, peut se prouver par écrit, » comme par des lettres écrites au testa- » teur, peu avant la confection de son » testament, qui se seroient trouvées » parmi ses papiers. On peut aussi en » admettre la preuve par témoins, lors- » que les faits de suggestion, articulés » par l'héritier, sont bien circonstanciés. »

L'auteur des Princip. de la Jurisprud. Franç. tom. 1, liv. 1, tit. 6, n. 7, est du même avis. « Si un testament, dit-il, » étoit le fruit de la séduction, de l'arti- » fice, de la suggestion; s'il paroissoit être » l'ouvrage de la passion, de la colere, » ou d'une haine injuste, il pourroit être » annullé, comme fait par une per- » sonne qui ne seroit pas censée avoir » eu toute la liberté de jugement né- » cessaire pour tester; & la preuve » par témoins de ces vices devroit être » admise, suivant les circonstances qui » pourroient y déterminer la religion des » juges. »

Par arrêt du 5 Août 1765, en la seconde des enquêtes, les dames Vincent & Girardon furent admises à faire preuve par témoins des faits de suggestion par elles articulés contre les sieurs Soniers Dulac, l'un médecin, l'autre avocat du roi ès siége de Forez, qui se portoient légataires & héritiers testamentaires du sieur Ferriol, frere desdites dames; mais par l'événement, elles ont succombé dans la preuve.

Un arrêt du conseil de Colmar, du 5 Juin 1709, rapporté par Augeard, tom. 1, chap. 99, fol. 722, a aussi admis la preuve par témoins de la suggestion.

Néanmoins, selon Soëfve, t. 1, cent. 4, chapitre 29, on refuse presque toujours la preuve testimoniale à des héritiers qui attaquent le testament de leur parent, pour prétendue suggestion, parce que, dit-il, il seroit de très-périlleuse conséquence de soumettre à la foi des témoins, qui peuvent être gagnés & corrompus, des actes de cette qualité. Il cite à ce sujet un arrêt de 1655. On en trouve un autre du 16 Janvier 1664, au Journal des Audiences, tom. 2, liv. 6, ch. 4. Auzanet, sur l'art. 289 de Paris, fol. 243, fait mention de quatre arrêts qui ont rejetté la preuve testimoniale de la suggestion. Tout ce qu'on en peut conclure, c'est que pour que cette preuve soit admise, les faits doivent être très-précis, bien circonstanciés, & très-concluans, & qu'apparemment ils n'étoient pas tels dans l'espece des arrêts cités par ces auteurs.

On tient pour maxime indubitable au palais, selon Ricard, que les faits de suggestion ne sont pas recevables contre un testament olographe, non qu'il ne put y avoir telles circonstances qui pourroient faire admettre cette preuve; mais tant d'arrêts ont débouté ceux qui en ont demandé l'admission, que l'on a cru que la maxime générale étoit contraire.

Cependant l'auteur de la Nouvelle Collection de Jurisprudence, édition de 1768, *verbo* SUGGESTION, rapporte un arrêt du mercredi 3 Décembre 1766, rendu sur les conclusions de M. Séguier, avocat-général, qui a confirmé une sentence du bailliage de Mâçon, qui avoit admis la preuve des faits de fraude & de suggestion contre le testament olographe de la dame Chambre.

a exprimé qu'il a été fait ſans ſuggeſtion, ſuivant la coutume des lieux qui le requiert ; il faut, dit-il, s'inſcrire en faux pour être admis à la preuve, parce que l'énonciation du notaire fait foi.

87. Mais à l'égard des faits de ſuggeſtion arrivés avant le teſtament, quoique ces faits lient auſſi la volonté du teſtateur, comme s'il y a eu des menaces, ou des voies de fait qui ont précédé ; néanmoins, comme le notaire ne peut rendre raiſon que de ce qui ſe paſſe devant lui, quand il auroit exprimé que le teſtament a été fait ſans ſuggeſtion, néanmoins la preuve du contraire ſeroit admiſe en ce cas, ſans inſcription de faux, & à plus forte raiſon dans les teſtamens paſſés dans l'étendue des autres coutumes qui ne requierent pas cette expreſſion : ainſi, pour rendre la preuve de la ſuggeſtion plus aiſée à admettre, il faut articuler préciſément que le teſtament a été dicté au notaire par celui en faveur duquel la diſpoſition eſt faite. D'ailleurs, quand on articule des faits de ſuggeſtion arrivés avant le teſtament, il y en a qui ſont déciſifs, comme ceux qui ſont fondés ſur des préſomptions de droit, écrites dans l'ordonnance ou dans la coutume ; par exemple, lorſqu'on articule qu'un novice, à la veille de ſa profeſſion, a diſpoſé en faveur du monaſtere où il a été depuis reçu profès, & autres ſemblables ; car la plûpart des autres faits de ſuggeſtion ſont d'ordinaire vagues & incertains ; & comme ils ne décident pas, la preuve, par conſéquent, en doit être rejettée.

88. Mais afin d'éclaircir ce que les loix ont entendu, quand elles ont dit qu'il étoit permis de provoquer un legs à ſon profit, par les bons offices que l'on rend au teſtateur, la loi *Captatorias*, ci-deſſus citée, & les deux dernieres loix des deux titres, *Si quis aliq. Teſt. prohib. ff.* & au Code, ſe ſervent des termes de *mutuis affectibus*, *blanditiis*, *maritali ſermone*, qu'il eſt néceſſaire de bien entendre.

89. Me Charles Dumoulin, ſur ce titre du Code, dit d'abord que, quoique ces deux dernieres loix ne parlent que du mari, elles ſont auſſi en faveur de la femme, & que Jaſon en a même fait une maxime générale, à l'égard de

toutes ſortes de perſonnes : il ajoûte enſuite deux limitations de cette maxime qu'il faut examiner.

Quod primo procedit niſi una cùm blanditiis concurreret dolus. Nam ille dolus adhibitus blanditiis, facit ut teſtamentum non valeat. Quòd quandò blanditiæ mihi qui blandior tantum ſunt utiles, & alteri non afferunt damnum, vel incommodum, tunc illæ ſunt permiſtæ. Si autem blanditiæ tenderent in alterius damnum, tùnc vergerent in dolum & ideò facient actum nullum.

90. La premiere eſt que ces bons offices & les careſſes permiſes par la loi, ne doivent point être accompagnées de dol; car en ce cas le teſtament ſeroit nul. Il eſt vrai, dit il, que le dol eſt difficile à découvrir, parce qu'il ſe paſſe dans l'intérieur, & qu'il en faut juger par les circonſtances; ou plutôt, dit-il, il faut ſe ſervir de la régle que donne Angelus pour en juger; par exemple, ſi les careſſes & les bons offices, & autres voies de douceur dont on s'eſt ſervi, ſont ſimplement avantageuſes à celui qui les fait, & ne ſont point nuiſibles à un autre, en ce ce cas, ſuivant le ſentiment d'Angelus, elles ſont licites; mais ſi elles ſont faites à deſſein de nuire à un autre, elles rendent le teſtament nul; par exemple, dit ce juriſconſulte, un teſtateur a inſtitué un monaſtere ſon héritier, ſi je perſuade enſuite au teſtateur de révoquer ce teſtament ſur quelque prétexte, & de m'inſtituer héritier à la place de ce monaſtere; en ce cas, les voies de douceur dont je me ſuis ſervi, ſont préſumées avoir été miſes par moi en uſage, plutôt pour nuire à ce monaſtere, que pour me procurer cette inſtitution d'héritier; & Angelus aſſure, comme rapporte Dumoulin, que, ſuivant cette régle, il avoit fait juger dans une eſpece ſemblable, que le premier teſtament fait au profit du monaſtere, devoit valoir au préjudice du ſecond.

91. Cependant cette régle d'Angelus n'eſt pas approuvée de tout le monde; & nonobſtant le ſentiment de Dumoulin, Peckius, très-habile juriſconſulte, qui a fait un Traité *de Teſt. Conjugum*, ſoutient, ſuivant l'autorité de la Gloſe, de Cynus, de Décius, & de Jaſon, que cette régle n'eſt pas juſte.

92. En effet, dit-il, ſi elle avoit lieu, il s'enſuivroit que jamais la loi, qui a permis à un mari d'engager ſa femme, par ſes bons offices & par ſes careſſes, de faire un teſtament en ſa faveur, ne pourroit avoir lieu, parce que jamais il ne le pourroit faire qu'au préjudice de l'héritier *ab inteſtat*, étant certain que celui qui ſe procure un avantage, quoiqu'il nuiſe à un autre indirectement, n'eſt pas

préſumé pourtant avoir eu deſſein de nuire à perſonne, ſi ce n'eſt, dit-il, dans le cas auquel, par ces ſortes de voies de douceur, il engageroit un teſtateur à révoquer le teſtament qu'il avoit fait en faveur d'une perſonne, pour en faire un ſecond, au profit d'un autre qui lui ſeroit abſolument étranger, & ſans autre deſſein que de nuire à celui qui avoit été inſtitué par le premier teſtament; d'où il conclut que cette régle d'Angelus ne peut être d'aucun uſage.

93. Il y a même des juriſconſultes qui ont paſſé plus avant. Brunemanus, *ad T. C. Si quis alt. Teſt. proh.* non-ſeulement exclut le dol en cette occaſion; mais il ne veut pas même que le mari qui eſſaye par ſes diſcours d'engager ſa femme à lui faire un legs, y mêle quelque menſonge pour la tromper: *Si quis mendaciis utatur in perſuaſionibus, in eo præſumitur dolus*, parce que c'eſt un dol qui eſt défendu par la loi. Cujas, *eod. Tit.* dit que cette loi exclut la perſuaſion frauduleuſe & la fineſſe: *Perſuaſiones doloſas & calliditatem*, qu'il appelle *dolum malum;* & Coquille, queſtion 293, en parlant du teſtament fait ſur l'interrogation faite au teſtateur par un autre, dit que les juriſconſultes qui ſoutiennent qu'il eſt valable, ne doivent pas argumenter par ce qui eſt dit dans la loi derniere, *ff. eod. Tit.* parce que dans l'eſpece de cette loi, & de celle du Code, *eod. Tit.* le mari eſſayoit ſeulement de ſe remettre bien dans les bonnes graces de ſa femme, afin que le reſſentiment qu'elle auroit pu avoir contre lui, ne l'empêchât pas de lui léguer quelque choſe; mais elles ne diſent pas que le mari la ſollicitât de lui faire ce legs; & après avoir dit que ces ſuggeſtions ſont d'autant plus à blâmer, qu'elles ſe pratiquent lorſque le teſtateur eſt malade, il ajoûte que le parlement, à ce qu'on lui avoit dit, avoit jugé contre les legs qui avoient été ſuggerés & ſollicités, d'où il ſemble qu'on peut conclure qu'il a été d'avis qu'il n'étoit pas même permis de ſolliciter un legs en ſa faveur, en quelque tems, ni en quelque occaſion que ce ſoit; ce qui n'eſt pourtant pas vrai dans la régle.

94. Auſſi M. Ricard, *ibidem*, ſoutient que non-ſeulement le legs provoqué par les ſervices du légataire, n'eſt pas un legs ſuggeré, mais que quand le légataire auroit prié

ouvertement le teſtateur de lui faire un legs; & quand même ce legs ſeroit extorqué par mauvais artifice, c'eſt-à-dire, s'il y avoit lieu de préſumer que le légataire, en faiſant un tel préſent au teſtateur, n'a été pouſſé que du deſſein ſordide d'exiger ce legs; néanmoins, dit-il, parce que les préſens & les careſſes ne contiennent rien contre les bonnes mœurs, ce legs ne doit pas être regardé comme ſuggeré; & en effet, la loi derniere, Code *Si quis al. Teſt. proh.* décide ſimplement, & en général, comme une maxime, qu'il eſt permis au mari de ſolliciter ſa femme par tous les diſcours dont un mari a coutume de ſe ſervir pour la perſuader, de lui laiſſer quelque choſe par ſon teſtament; & ainſi cette loi paroît plus étendue que celle du Digeſte, *eod. Tit.* qui ſemble reſtreindre dans le cas d'un mari qui avoit irrité ſa femme, & qui ſongeoit ſeulement à l'appaiſer dans la conjoncture de ſa maladie; ce qui étoit néanmoins la ſolliciter indirectement de ne pas l'oublier dans ſon teſtament, & de révoquer le codicille qu'elle avoit fait à ſon préjudice; auſſi cette loi ſe contente de défendre au mari d'employer, à cet effet, contre elle le dol ou la force, & lui permet, par conſéquent, toutes les autres voies de douceur dont un mari peut s'aviſer en cette rencontre; c'eſt pourquoi Dumoulin, comme il a été remarqué ci-deſſus, demeure d'accord avec Jaſon, que cette permiſſion de la loi, de provoquer par ſes bons offices & par ſes diſcours, un legs en ſa faveur, doit être étendue à toutes ſortes de perſonnes [*].

Judicium uxoris poſtremum in ſe provocare maritali ſermone non eſt criminoſum.

95. Il eſt aiſé de conclure de ce qui vient d'être dit, que dans ce cas, qui eſt permis par les deux loix du Digeſte & du Code, la preuve par témoins de cette ſorte de ſuggeſtion, qu'on peut appeller *licite*, ne ſeroit pas admiſe, parce qu'elle ſeroit inutile; ce qui s'entend, pourvu que le teſtateur n'eût point diſpoſé au-delà de ce que la loi lui permet.

96. Le même Dumoulin, *loco citato*, ajoûte une autre eſpece pour expliquer ce que c'eſt que *blanditiæ doloſæ*. Si, dit-il, un mari tient ſa femme enfermée chez lui, & ne laiſſe point approcher d'elle ſes parens & ſes amis, pour être préſens lorſqu'elle fait ſon teſtament, & que, pro-

Quandò detineo uxorem domi, nec facio copiam cognatis vel amicis uxoris, ut poſſint adeſſe teſtamento; non ſi tum maritus blandiretur uxori,

[*] Voyez à la note du n. 86, le ſentiment de M. Potier à ce ſujet.

ſitant

ſtant de cet éloignement, il emploie toutes ſortes de careſſes & de paroles de flatterie auprès d'elle, pour la porter à l'inſtituer ſon héritier à leur préjudice, pendant qu'il les empêche de la voir, ſoit ouvertement, ſoit ſecrettement, en faiſant agir d'autres perſonnes à ſa place qui les en empêchent. En ce cas, dit Dumoulin, ces ſortes de voies de douceur, dont il ſe ſert, ſont ſuſpectes de dol ; & c'eſt pourquoi Cynus a fort bien dit que rarement les careſſes & les diſcours que l'on a coutume d'employer en cette rencontre, ſont exempts de dol ; ce qui doit être remarqué, dit Dumoulin, comme une maxime générale en ces ſortes de cas.

prohibeat autèm accedere cognatos ipſius, vel hoc clam fieri ſineret, illa omnia habent argumenta doli. Et ideò addit Cynus hic in fine, aureum verbum, quod blanditiæ perrarò committuntur ſinè dolo.

97. Peckius, en l'endroit ci-deſſus cité, ajoûte encore une autre eſpece de dol. Si par exemple, dit-il, une femme empêche que le médecin, ni aucune autre perſonne, ne viennent au ſecours de ſon mari malade, & que, faiſant l'empreſſée pour l'aſſiſter, elle ſe ſerve de ce moyen pour l'engager à faire quelque diſpoſition en ſa faveur ; car ſi le mari fait, en ce cas, un teſtament au profit de ſa femme, il y aura lieu de préſumer que ce ſera plutôt par crainte d'être entiérement abandonné d'elle dans l'extrémité de ſa maladie, qu'il a fait ſon teſtament, que de croire qu'il a ſimplement cédé aux careſſes & aux diſcours flatteurs de ſa femme.

Quod puto eſſe perpetuò notandum. Nam ſi maritus hâc arte victus leget aut inſtituat uxorem non tàm blanditiis adductus quàm malæ curationis metu impulſus fuiſſe videbitur.

98. Ce qui eſt conforme aux ſentimens des docteurs ſur la loi *Si medicus de extraord. cogn. ff*, & ſur la loi *Archiater* 9, *Cod.* qui ont défendu les legs aux médecins, parce que, dit Coquille, *loco citato*, le malade eſt en la puiſſance de ceux qui le ſollicitent de teſter en leur faveur ; & c'eſt une eſpece de violence qu'on exerce ſur lui, que de le menacer de l'abandonner, d'autant plus qu'à l'égard des teſtamens, ainſi que dans les contrats de mariage, la volonté doit être très-libre, comme Dumoulin le prouve ſur le titre *C. Si quis al. Teſt. proh.*

Eſt enim ſpecies vis, quià timet ſe ægrum deſtitui. Blandæ autèm voces & modeſtæ ſuaſiones, quales ſuprà, cap. 9, recepimus, non nocebunt, niſi fortè moribundo & vi morbi oppreſſo adhibeantur, cui quantumvis

99. Peckius ajoûte au même endroit, que ſi ces careſſes & ces flatteries permiſes par la loi 97, quoiqu'innocentes d'elles-mêmes, ſont faites à un moribond dans le tems auquel il eſt entiérement accablé de ſa maladie, elles lui ſont toujours fâcheuſes, & ne font que redoubler ſon mal ; de telle ſorte que ſi le malade paroît y conſentir dans ſon

moderatæ preces etiam sibi carissimorum molestæ & odiosæ sunt, neque dubium quin morbum aggravent, ideòque testator his consentiens non ex animi sententiâ sed suæ tamen quietis gratiâ fecisse præsumetur.

testament, il y a lieu de présumer que c'est moins par une volonté déterminée en faveur de la personne au profit de laquelle il dispose, que par l'envie qu'il a de se délivrer de son importunité, d'obtenir d'elle qu'elle le laisse mourir en repos. Ainsi cette conjecture de l'extrémité de la maladie doit être sur-tout considérée par le juge pour se déterminer.

100. Il y a même des jurisconsultes qui ont soutenu que les prieres réitérées jusqu'à l importunité, auprès d'un testateur, par celui au profit duquel il a disposé, rendent la disposition nulle, parce que l'importunité excessive est seule capable de forcer la volonté du testateur, & que rien ne doit être plus libre que la libéralité qu'il fait en mourant. Peckius, 8, *loco citato*, prouve fort au long cette maxime par le témoignage d'Innocent & de Félinus, qui dit que les caresses trop affectées & trop pressantes ont autant de force qu'auroient les menaces; mais il seroit dangereux d'en faire une maxime générale; & parce que cela dépend des circonstances, il faut que le juge se détermine suivant l'état de la maladie & de l'esprit du testateur, & suivant la qualité de celui qui est institué, & du legs qui lui a été fait.

Extorsio autèm & importuna flagitatio æquiparantur cùm in eâdem causâ sint oblenta per importunitatem & obtenta per metum.

101. La seconde limitation que met Dumoulin aux deux loix dernieres du Digeste & du Code : *Si quis al. Test. proh.* est que si le mari a usé de menaces envers sa femme, ou s'il l'a battue, le testament qu'elle a fait à son profit par un motif de crainte, est nul, comme décide Bartole, sur la loi 1, §. *Qui onerandæ*, *ff. Quar. rer. actio non datur.* Il n'est pas même nécessaire, ajoûte Dumoulin, que les menaces aient été faites, & les coups donnés dans l'instant du testament, c'est assez qu'il y ait preuve qu'ils ont précédé, ce qu'il limite à six mois auparavant; car si, dans cet intervalle, la femme tombe malade, & que le mari use de caresses & de flatteries pour l'obliger à tester en sa faveur, cela suffit pour faire présumer que cette femme a fait son testament par un mouvement de crainte qu'elle a encore des menaces de son mari, ou des coups qu'il lui a donnés auparavant : *Blanditiæ instantissimæ habent vim minarum.*

102. Mais Peckius, au même endroit, dit que si cette crainte que le mari a imprimée dans l'esprit de sa femme, est

atroce, en ce cas on préſume qu'elle ne s'en efface jamais, & qu'elle dure auſſi long-tems que le mariage ; & il ajoûte que la crainte que le ſeul reſpect lui imprime pour ſon mari, ſuffit pour rendre nul le legs qu'elle lui auroit fait par ce motif, ſi ſon mari l'a extorqué d'elle par ſes larmes : *Et non tantùm ſufficit ad annullationem teſtamenti, ſi minæ vel verbera fierint in ipſo actu teſtamenti, verùm etiàm ſufficit ſi poſſet probari minas vel verbera præceſſiſſe, ne fortè tamèn antè medium annum tractaveris crudelitèr uxorem tuam illa hodiè vult mori, tu blandis verbis appellas : certè ille metus minarum, ſatis eſt ut dicatur illa mulier eſſe in metu.*

Nam metus ſemel per atrocitatem incuſſus, perpetuus cenſetur & inter conjuges tandiù permanet quandiù matrimonium conſtat, ut ſi maritus ab eâ lacrymabundus miſerè precibus & obſteſtationibus legatum impetret ; quià reverentia mariti pro juſto metu habetur.

De tout ce qui vient d'être obſervé, on peut conclure que la preuve par témoins eſt recevable, quand on articule que par des voies de fait, qui ſont toujours illicites, on a empêché le teſtateur de faire ſon teſtament, ou de changer & révoquer celui qu'il avoit fait.

103. Par exemple, ſuivant les termes des deux loix dernieres au Digeſte & au Code *Si quis aliq. Teſt. proh.* on articule que l'on a empêché le notaire & les témoins d'entrer ; & on peut auſſi, en ce cas, prendre la voie de l'action criminelle, parce qu'il y a du crime.

104. Dumoulin, *eodem titulo*, dit qu'il faut articuler deux choſes ; la premiere, que le défunt a voulu faire ſon teſtament ; & la ſeconde, que, dans le tems qu'il le vouloit, quelqu'un l'en a empêché.

Primò quòd teſtator voluerit teſtari ; ſecundò quòd volentem aliquis prohibuerit.

105. Mais quand il s'agit de prouver que le teſtateur auroit révoqué un premier teſtament, & en auroit fait un autre en faveur de celui qui ſe plaint du premier, s'il n'en eût été empêché, Peckius, *de Teſt. conjugum*, chap. 13, dit qu'il faut articuler quatre faits & les juſtifier. Premiérement, que le défunt vouloit révoquer ſon premier teſtament. Secondement, que dans l'inſtant qu'il le vouloit révoquer, il en a été empêché par dol, ou autrement ; car on peut prouver, au contraire, que c'eſt par l'accablement de la maladie où étoit réduit le teſtateur, qu'il en a été

empêché. Troiſiémement, que le défunt auroit teſté en faveur de perſonne capable de recueillir ſa diſpoſition, tel qu'eſt la perſonne qui ſe plaint du premier teſtament. Quatriémement, que s'il eût fait ce ſecond teſtament, il auroit diſpoſé en faveur de celui qui articule tous ces faits; car en ce cas, cet empêchement de teſter eſt un crime public, dit Peckius, parce qu'il importe à tout le monde que la volonté du défunt ſoit obſervée.

Hoc delictum ad vindictam publicam pertinet, quia publicè refert testamenta defunctorum servari.

106. Et ce n'eſt pas ſeulement empêcher le teſtateur de faire ſon teſtament, que de lui ôter, par exemple, la plume des mains, quand il veut écrire ſa diſpoſition dans un teſtament olographe; mais c'eſt l'empêcher de teſter, dit Me Charles Dumoulin, en l'endroit ci-deſſus cité, ſi on lui ôte par fraude les moyens de le faire, comme ſi on empêche le notaire & les témoins d'entrer après que le teſtateur les a envoyé chercher. Il en eſt de même, ſi on refuſe de les aller chercher quand il les appelle, ou ſi, quand ils ſont avertis, on les renvoie, ſous prétexte que le teſtateur n'eſt pas en état de leur parler.

Et dicitur satis prohibere aliquis, non tantùm si testatorem prohibeat, sed etiam si alia quædam remoretur, quæ requiruntur ad testamenti factionem.

107. Brodeau, ſur Louet, lettre T, nombre 8, après avoir dit que ce fait que le teſtateur a été empêché de teſter, ne doit pas être vague, mais bien circonſtancié, ajoûte deux limitations conſidérables, 1° que ce fait ne doit pas être allégué long-tems après le décès du teſtateur; 2° il veut qu'il y ait quelque commencement de preuve par écrit.

108. Et il cite un arrêt rendu ſur les concluſions de M. l'avocat général Servin, du 9 Juillet 1607, qui permit cette preuve; & un autre auſſi ſur les mêmes concluſions de M. Servin, du 20 Janvier 1625, qui jugea le contraire dans un cas où le fait étoit allégué long-tems aprés le décès du teſtateur, & où il n'y avoit aucun commencement de preuve par écrit. Automne, *ad l.* 2, *ff. Si quis al. Teſt. proh.* rapporte pourtant un arrêt du 4 Octobre 1596, lequel, vingt-deux ans après la mort du teſtateur, admit les héritiers à faire preuve que le teſtateur avoit été empêché de faire un autre teſtament; ce qui fait voir que la maxime de Brodeau n'eſt pas toujours obſervée, quoiqu'elle ſoit fort judicieuſe.

Voyez Robert, l. 2, *rer. Jud.* ch. 10; & le Journal des Audiences, l. 1, chap. 35.

109. A l'égard du commencement de preuve par écrit qu'il requiert, cette limitation n'eſt pas une exception de

la maxime qui permet la preuve par témoins en ce cas, parce qu'il eſt certain, que quand il y a un commencement de preuve par écrit, la preuve eſt toujours permiſe, ſuivant l'ordonnance de 1667 ; & même, quand il n'y en a point, cette preuve eſt admiſſible ſuivant les circonſtances, par les raiſons qui ſuivent, rapportées par Ricard, Tit. des Donat. part. 3, chap. 1, nombre 14.

110. Il rapporte l'arrêt cité par Chopin, *de Mor. Pariſ.* l. 1, tit. 4, nomb. 4, rendu en l'audience des Grands-Jours de Lyon, le 14 Octobre 1596, qui appointa à faire preuve du fait que le défunt avoit été empêché de teſter de nouveau, nomb. 15, & dit, pour juſtifier que cette preuve eſt recevable, que l'action en eſt permiſe par les T. du Digeſte & du Code, *Si quis al. Teſt. proh.* par la loi unique *D. Quibus non competit bon. poſſeſſ.* & par la loi 3, Cod. *de inoff. Teſt.* & que l'ordonnance de Moulins n'a point arrêté le cours de cette action, parce qu'elle ne comprend que le fait ſujet à convention, & ſuſceptible de contrat ; & ce n'eſt pas, dit-il, introduire par-là l'uſage des teſtamens noncupatifs, (dont la preuve eſt rejettée parmi nous,) parce que, dit-il, il faut rejetter cette preuve lorſque le teſtateur a eu le pouvoir, par quelque moyen que ce ſoit, de laiſſer ſa derniere volonté par écrit, (ce qui eſt une troiſieme limitation à cette maxime, outre les deux ci-deſſus rapportées par Brodeau,) parce que dans notre droit François, tout rempli d'équité, on ne doit point laiſſer de prétention légitime ſans action ; ce qui arriveroit, ſi on excluoit cette preuve qui ne ſe peut prouver par écrit. Il cite un arrêt du parlement de Bourgogne, du 17 Juillet 1606, rapporté par Fevret, de l'Abus, l. 7, chap. 12. Maynard, l. 8, chap. 74, en rapporte un du mois d'Avril 1570, rendu au parlement de Toulouſe, qui permit auſſi cette preuve, & qui jugea que ce fait d'empêchement, articulé par un des cohéritiers ſeulement, ne nuiſoit point aux autres cohéritiers, ſuivant la loi *Fratris factum fratri non nocet*, & adjugea au fils la part de celui qui avoit empêché le teſtateur de faire ſon teſtament, cette confiſcation ayant lieu en pays de droit écrit, ſuivant le droit Romain, & non pas en pays coutumier. Charondas, Reſp. l. 7, chap. 63, en rapporte un arrêt du

L. 1, ff. Si quis al. teſt. proh.

M. Ricard, part. 3, chap. 1,

n. 28 & ſuivant, fait une diſtinction ſur ce ſujet, qu'il eſt inutile de rapporter.

Robert, l. 2, chap. 10.

23 Mars 1559. Il y a eu même des arrêts qui ont jugé que dans ce cas, auquel le teſtateur eſt empêché de teſter, ſi en préſence de témoins il déclare ſa derniere volonté, ce teſtament verbal eſt valable. Bouchel, ſur la Coutume de Valois, T. des Teſtamens, en rapporte un arrêt du 23 Mars 1559; & L'hommeau, l. 3 de ſes Maximes, n. 8, traitant expreſſément de l'explication qu'on doit donner à l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, dit auſſi que ſi on a empêché le teſtateur de faire un teſtament ſolemnel, & qu'il ait déclaré ſa volonté devant des témoins, leur dépoſition ſera reçue.

111. Baſnage, Coutume de Normandie, T. des Teſtamens, dit pourtant que dans le pays coutumier où le teſtament noncupatif n'eſt point reçu, la preuve de cet empêchement de teſtament ne doit pas être reçue; mais c'eſt pouſſer la maxime trop loin, étant certain que, ſuivant les circonſtances & la qualité des faits, elle peut être admiſe: quant à la queſtion, ſi le teſtament verbal fait en pareille occaſion par le teſtateur, eſt valable, elle n'eſt point de ce Traité.

112. Il ſuffit de conclure de tout ce qui vient d'être dit, que le juge doit faire réflexion ſur la différence qu'il y a entre les ſervices, les careſſes, les préſens, & les autres voies de douceur dont on peut ſe ſervir ouvertement, ou indirectement, & par l'interpoſition d'autre perſonne pour provoquer la libéralité du teſtateur, & ſur le dol & les voies illicites, que la loi a défendus en cette rencontre; car, quoiqu'il ſe puiſſe faire que les premieres bleſſent l'honnêteté, & même la conſcience, & obligent à reſtitution ceux qui les ont pratiquées, la loi n'eſt point entrée dans cet intérieur de l'intention: il lui ſuffit que celui qui s'en eſt ſervi, ait eu l'adreſſe de gagner & de ſéduire même la volonté du teſtateur; elle préſume qu'il a diſpoſé librement: ainſi de ſemblables faits ne ſont pas recevables, & la préſomption eſt pour le teſtament. Il y a même des cas où la preuve du dol n'eſt pas permiſe, ſçavoir quand ce dol eſt licite. Dumoulin, code *Si quis al. Teſt. proh.* en donne un exemple en la perſonne d'un frere, qui, ſçachant que ſon frere vouloit teſter en faveur de ſa concubine, l'en empêcha par dol, & l'obligea de l'inſtituer ſon

héritier ; car en ce cas, dit-il, cela eſt permis, & la loi ne défend point cette ſorte de dol : *Et ut exemplo declarem quòd dolus bonus non noceat mihi ; frater meus volebat inſtituere concubinam ſuam, ego per ſolertiam perſuaſi ne faceret, qui dolus eſt permiſſus, & ideò nullâ lege punitur. Argument. l. Cùm pater, ff. de Legat.*

113. Enfin il y a d'autres cas où il y a un commencement de preuve par écrit de la ſuggeſtion, comme quand il y a un précédent teſtament avec clauſe dérogatoire, & que cette clauſe ne ſe trouve pas répétée dans le teſtament poſtérieur, accuſé de ſuggeſtion ; en ce cas la preuve de la ſuggeſtion eſt plus facilement admiſe : auſſi cette clauſe n'a été inventée que pour prévenir les ſuggeſtions [*].

114. On demande ſi on peut prouver par témoins, que le teſtateur a chargé ſon héritier d'un *fidéicommis* en faveur d'un autre. Il eſt certain qu'en pays coutumier, cette preuve ne peut être reçue, quand le *fidéicommis* n'eſt pas porté dans le teſtament.

En pays de droit écrit ce fait pourroit être reçu ; quoiqu'il n'y ait pas même de teſtament, parce qu'en droit Romain, un *fidéicommis* pouvoit être laiſſé, *ſolo nutu, l.* 21, *D. de Legat.* 3. *& l. & in Epiſtolâ, C. de Fideicommiſſis ;* ce qui s'entend, pourvu que les ſignes ſoient évidens & certifiés par cinq témoins.

115. Dolive, liv. 5, chap. 18 ; & Maynard, liv. 5, chap. 6 & 7 ; & liv. 8, chap. 59, cités par M. Ricard, part. 1, chap. 5, ſect. 4, des Donations, en rapporte des arrêts.

116, Néanmoins en pays de droit écrit, comme dit M. Ricard, le *fidéicommis* n'y eſt pas reçu, ſi l'acte qui le contient n'eſt ſigné de cinq témoins, ſuivant la loi derniere, *C. de Codicillis, & l. in Epiſtolâ* 22, *C. de Fideicommiſſis*, ſi ce n'eſt dans le cas de la loi *Si Fideicommiſſarius ult. inſt. de Fideicomm. Hæred. & ult. C. de Fideicommiſſ.* quand le fidéicommiſſaire veut bien s'en rapporter au ſentiment de l'héritier, qui eſt chargé de lui reſtituer le

[*] L'ordonnance, par l'art. 76, a abrogé abſolument l'uſage des clauſes dérogatoires dans tous les teſtamens ou autres diſpoſitions de derniere volonté, & les déclare nulles & de nul effet.

fidéicommis, ainſi qu'a remarqué M. Ricard au même endroit ; mais ſi l'héritier le dénie, en ce cas, le *fidéicommis* devient caduc, ſuivant la loi *ult. inſtitut de Fideic.* & M. Ricard ajoûte que, quoiqu'à Toulouſe, à Bordeaux, on reçoive le *fidéicommis* fait par ſignes, cela n'auroit pas lieu à Paris, à cauſe de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins ; ce qui eſt indubitable.

117. De cette queſtion il en naît une autre, ſçavoir ſi l'on peut prouver par témoins que les legs, ou l'inſtitution faite en faveur d'une perſonne, eſt un *fidéicommis* tacite au profit d'une autre perſonne indigne ou incapable, comme d'un bâtard, ou de la femme du teſtateur, dans les coutumes où il n'eſt pas permis au mari de diſpoſer au profit de ſa femme.

118. La loi 3, *ff. de Jure fiſci*, dit que la maniere ordinaire de prouver un *fidéicommis* tacite, eſt quand on fait voir qu'il y a eu une convention par écrit de celui qui eſt chargé du *fidéicommis* de le rendre à la perſonne choiſie par le teſtateur ; & elle ajoûte enſuite que la preuve s'en peut faire auſſi d'une autre maniere, pourvu que cette preuve ſoit évidente & manifeſte : *Neque enim taciti fideicommiſſi fides, ex ſuſpicionibus inducitur*, dit la loi pénult. *ff. de His qui eſt indignus.*

Et ferè eo jam decurſum ut fraus legi fieri videatur quoties quis neque teſtamento, neque codicillis rogaretur, ſed domeſticâ cautione & chirographo obligaret ſe ad præſtandum. Elle ajoûte enſuite : *Tacita autem fideicommiſſa frequentèr ſic detegunter, ſi proferetur chirographum quo ſe caviſſe, is cujus fides elegitur, quòd ad eum ex bonis defuncti pervenerit reſtituturum ; ſed ex aliis probationibus manifeſtiſſimis idem fit.*

119. Péléus, liv. 6 de ſes Actions Forenſes, acte 36, rapporte un arrêt du parlement d'Aix, du 27 Juin 1566, qui avoit permis, avant la publication de l'ordonnance de Moulins en ce parlement, de prouver par témoins que le teſtateur, après avoir fait ſon teſtament, avoit expliqué quelle étoit la perſonne qu'il avoit entendu y appeller, par certains termes inſérés dans ſon teſtament ; mais ce fait n'eût pas été admiſſible, ſi l'ordonnance eût été publiée [*], outre que chacune des parties avoit fait enquête de ſa part ; & l'on prétendoit que le fait dont il avoit été permis d'informer, étoit conforme aux termes & à l'intention du teſtateur, & que le teſtament même ne pouvoit tenir lieu d'un commencement de preuve par écrit de ce fait.

120. Le même Péléus, *ibidem*, acte 26, rapporte un

[*] L'incertitude de la perſonne à qui le teſtateur a voulu léguer, eſt un vice qui rend la donation nulle, ſelon la loi 10, ff. *de Reb. dub.*

autre

autre arrêt du 5 Mai 1602, qui admit la preuve du fait articulé par les héritiers de la teſtatrice, que le legs porté dans ſon teſtament étoit au profit de ſon mari, auquel le légataire, en faveur duquel la diſpoſition paroiſſoit être faite, n'avoit fait que prêter ſon nom. Il obſerve que le mari avoit toujours joui du legs, qui étoit du quint des propres de ſa femme, dont le légataire lui avoit fait une rétroceſſion, comme il étoit vraiſemblable; & dans la queſtion 133, le même Péléus rapporte un autre arrêt, lequel appointa les parties à informer que l'inſtitution faite par le teſtateur au profit d'une certaine perſonne, étoit un *fidéicommis* tacite au profit de ſon fils naturel: il eſt marqué dans cet arrêt que depuis le teſtament, l'héritier inſtitué avoit reſtitué volontairement à ce fils naturel, par une donation entre-vifs en faveur de mariage, une partie des biens à lui laiſſés par le teſtament, laquelle donation pouvoit tenir lieu d'un commencement de preuve par écrit du *fidéicommis* exécuté par cet héritier inſtitué [*].

121. Au reſte, il eſt certain que, s'agiſſant de revenir contre ce qui eſt écrit dans un teſtament, il faut un commencement de preuve par écrit, pour être reçu à cette preuve, ſi ce n'eſt qu'il y ait des faits évidens qui marquent le *fidéicommis* tacite, notamment ſi ces faits ont ſuivi la mort du teſtateur, comme ſi la perſonne prohibée a joui des biens laiſſés au légataire, ſans les avoir achetés, & autres circonſtances qu'il faut laiſſer à la prudence du juge.

122. A l'égard de ce qui s'obſerve dans les pays étrangers, au ſujet des teſtamens, on ſe contentera d'obſerver

[*] Je ne crois pas que tout le monde fût d'avis que cette donation pouvoit tenir lieu de commencement de preuve par écrit. En effet, un commencement de preuve par écrit doit avoir un rapport prochain à la choſe qu'il s'agit de prouver. Par exemple, une lettre par laquelle je me reconnoîtrois votre débiteur, en termes généraux, pourroit être un commencement de preuve par écrit de la dette que vous répétez contre moi: un enfant qui réclame un état contre des regiſtres, dont il ſoutient que l'expoſé eſt faux, peut invoquer comme commencement de preuve par écrit, des lettres ou autres aveux par écrit, émanés de ceux qu'il prétend être ſes pere & mere; mais la donation dont il s'agit n'a qu'un rapport très-éloigné avec le *fidéicommis*, car elle peut avoir une toute autre cauſe. C'eſt pourquoi elle ne doit former qu'une préſomprion, qui peut cependant s'accroître par les circomtances. Voyez aux Addit. ſur le chap. 1 de la ſeconde partie, les principes que Dany poſe lui-même aux n. 6 & ſuiv. ſur ce qui doit être regardé comme un commencement de preuve.

que le ſtatut de Bologne défend préciſément la preuve par témoins, ou autre ordonnance de derniere volonté, de quelque ſomme qu'il s'agiſſe, & veut que ſi la preuve en a été admiſe, on n'y ait aucun égard, ſi ce n'eſt en faveur des legs pieux, dont la preuve par témoins eſt permiſe, ſi on articule que le legs a été laiſſé par un teſtament ou par un codicille. Mais ſi on articule qu'avant la confection du teſtament, le teſtateur a promis, & eſt convenu de léguer la choſe en queſtion, & qu'enſuite il ait fait ſon teſtament, & que dans ce teſtament il ne ſoit fait aucune mention de ce legs ; en ce cas la preuve par témoins n'en peut être admiſe, excepté néanmoins s'il a été paſſé quelque acte public qui puiſſe ſervir à fortifier ce fait & à le prouver ; car en ce cas la preuve par témoins en eſt permiſe, ſuivant la diſpoſition du droit.

Voyez Montérentius, ſur cet article.

123. On demande ſi le fait de la ſuppoſition d'un teſtament pour un autre teſtament peut être prouvée par témoins ; & on peut dire qu'elle ne le peut être, & qu'il faut paſſer à l'inſcription de faux, & ſoutenir que le teſtament qui paroît n'eſt pas le véritable teſtament ; & en même tems, il faut produire le véritable, & prouver que ce l'eſt effectivement.

124. Enfin on demande ſi un teſtament imparfait & nul eſt un commencement de preuve par écrit, qui puiſſe faire admettre la preuve par témoins des diſpoſitions qu'il contient. Conſtant, ſur l'art. 384 de la Coutume de Poitou, dit que, quoique cet article défende aux notaires eccléſiaſtiques de recevoir des teſtamens ; néanmoins ils en paſſent, leſquels ne laiſſent pas de faire preuve, quoiqu'ils demeurent ſans exécution : *Valent ad probandum tantùm, ſed non ad exequendum ;* néanmoins ce qui eſt nul, eſt nul pour le tout, & ne fait preuve de rien : en effet, il ſeroit inutile d'avoir établi des ſolemnités de rigueur à l'égard des teſtamens, s'il étoit permis de ſuppléer cette nullité par la dépoſition de deux témoins ; car ce ſeroit leur donner lieu de faire un teſtament au teſtateur, même après la mort.

CHAPITRE XVII.

Des Qualités accidentelles des choſes qui ſont demandées en juſtice.

SOMMAIRE.

1. *Deux queſtions ; la premiere : A qui eſt-ce à prouver la qualité des héritages, comme celle de noble, ou roturier, propre ou acquêts ? La ſeconde: Si cette qualité ſe peut prouver par témoins ?*
2. *Opinion de quelques avocats qui ont ſoutenu que tous les biens doivent être réputés acquêts.*
3. *L'opinion contraire a prévalu.*
4. *Seconde queſtion de la qualité d'acquêt, ou de propre, dépend de l'arbitrage du juge.*
5. *Raiſons ſur ce ſujet.*
6. *Comment on peut juſtifier qu'une choſe eſt acquêt à une perſonne, & non pas propre.*
7. *L'ordonnance ne parle que des contrats, & non pas des qualités des choſes qui peuvent tomber en conteſtation.*
8. *Exception.*
9. *Autre exception à l'égard des choſes féodales & roturieres.*
10. *Tout héritage eſt réputé roturier, ſi on ne prouve qu'il eſt noble.*
11. *En France on eſtime plus les fiefs que les héritages roturiers.*
12. *Ancienne maniere de prouver qu'un héritage étoit un fief.*
13. *De quelle maniere ſe fait à préſent cette preuve ?*
14. *Faute de prouver que l'héritage eſt féodal, s'il eſt réputé cenſuel, ou franc-aleu.*
15. *Un héritage en franc-aleu n'eſt pas réputé pour cela héritage noble.*
16. *Origine du mot* Allaudialis, *ſuivant l'opinion de Budée.*
17. *Exception de la maxime que tout héritage eſt roturier, s'il n'eſt prouvé qu'il eſt noble & féodal. Queſtion, quand il y a des marques anciennes de fief noble.*

18. *Autre queſtion à l'égard de la preuve de la nobleſſe des perſonnes.*
19. *C'eſt à celui qui ſe dit noble à le prouver.*
20. *Comment la nobleſſe a été introduite entre les hommes.*
21. *La nobleſſe n'eſt qu'accidentelle à l'homme.*
22. *Si la nobleſſe ſe doit prouver par témoins ou par écrit?*
23. *Définition de la nobleſſe de race.*
24. *Définition de la nobleſſe nouvellement acquiſe.*
25. *Nobleſſe accordée aux échevins de Poitiers.*
26. *Nobleſſe des Conſeillers de Cours Souveraines.*
27. *Les fiefs n'ennobliſſent point en France.*
28. *Queſtion, quand il s'agit de la diſpenſe du tems d'étude, pour être pourvu de bénéfice par une perſonne noble, en vertu de ſes degrés.*
29. *De la preuve de la nobleſſe acquiſe, ou ennobliſſement.*
30. *Raiſons pour montrer qu'elle ſe doit faire par écrit.*
31. *Exception dans un cas ſingulier.*

1. LE cinquieme article de la premiere partie de cette ordonnance concerne les qualités & accidens des choſes litigieuſes, comme s'il s'agit de ſçavoir de quelle qualité eſt le fonds ou la rente que l'on demande en juſtice, à l'effet de connoître ſi elle ſe peut prouver par témoins, quand le fonds ou la rente excedent cent livres: par exemple, deux héritiers ont ſuccédé à Caïus; l'un en ligne aſcendante, à ſes acquêts; l'autre en collatérale, à ſes propres, ſuivant la diſpoſition de la plûpart des Coutumes de France. De plus, il arrive ſouvent qu'une perſonne fait donation de tous ſes acquêts à un autre par ſon teſtament, lequel les demande en juſtice; & l'héritier,

---

1. QUINTUS articulus ad primam iſtius ſanctionis partem pertinens, eſt de qualitatibus, ſeu accidentibus rerum, de quibus litigatur: utpotè, cujus conditionis aut qualitatis ſit fundus, aut reditus, qui petitur, aut defenditur; & utrùm ejus modi rei qualitas, vel conditio, teſtibus probari poſſit, ſi res centum libras excedat. Exempli gratiâ: duo hæredes ſuccedunt Caïo, unus, fortaſſis aſcendens, bonis de novo quæſitis, alter verò, forſitan collateralis, rebus antiquis & patrimonialibus tantùm ſuccedit, ut videre licet in multis hujus regni conſuetudinibus: item, ſæpè fiunt donationes de quæſtibus, ità ut donatarius

au contraire demande tous les propres. Dans ces cas, on demande deux choſes; la premiere, lequel des deux eſt tenu de faire preuve que tel bien eſt propre ou acquêt; & la ſeconde, ſi cette preuve eſt permiſe, ſuivant l'ordonnance?

2. Quant à la premiere queſtion, la déciſion en eſt ſi aiſée, qu'il ne faut pas s'y arrêter; car, quoiqu'il y ait eu des avocats du parlement de Paris, qui aient autrefois ſoutenu que tous les biens que nous poſſedons doivent être réputés acquêts, quand on ne prouve pas qu'ils nous ſont propres, ſe fondant ſur ce que l'homme naît tout nud, comme dit Job: *Je ſuis ſorti tout nud du ventre de ma mere*; & qu'ainſi tout ce que nous poſſédons depuis, doit être préſumé avoir été par nous acquis:

3. L'opinion contraire a néanmoins prévalu, c'eſt-à-dire que les biens que nous avons ſont réputés propres, ſi on ne prouve que nous les avons acquis; ce qui eſt fondé ſur cette raiſon de droit, que celui qui poſſede eſt réputé avoir toujours poſſédé, laquelle maxime a lieu, particuliérement quand il s'agit de juger à qui la propriété d'une choſe appartient, laquelle on préſume avoir paſſé du prédéceſſeur à ſon héritier; car, comme diſent les Feudiſtes, on préſume qu'une choſe eſt ancienne, quand on ne prouve pas qu'elle eſt nouvelle: donc, ſuivant la com-

---

omnia quæſititia teſtatoris ſibi deberi contendat; hæres verò omnia antiqua. In his caſibus de duobus quæritur; unum, cujus ſit probatio; alterum, quo genere probationis uti liceat, & an hæc lex regia hîc locum habeat?

2. Quantùm ad primam quæſtionem, tàm vulgata eſt reſolutio, ut longiori diſcuſſione non indigeat: nam quamvis nonnulli Pariſienſes patroni olim reſponderint, omnia dici debere nova, & quæſititia, quæ antiqua & avita eſſe non probarentur, hâc ratione ducti, quod nudus naſceretur homo: Nudus enim (inquit Job) *a* exivi de utero matris meæ; atque ità, quòd omnia per nos poſſeſſa, quæſititia fuiſſe præſumi deberent:

a Cap. 1.

3. Obtinuit tamen contraria ſententia, omnia ſcilicèt præſumi antiqua, quæ nova & quæſititia non probarentur: hâc juris ratione, quòd ex præſenti poſſeſſione, præteritam & antiquam nos habuiſſe præſumatur; *b* hoc enim maximè obſervatur in dominio, quòd antiquum & continuatum de prædeceſſore in hæredem cenſetur: *c* antiquum quippè præſumitur, quod novum non probatur, maximè in poſſeſſore, inquiunt

b *L. Sive poſſidetis; & ibi Bartol. C. de Probat.*

c *L. Cum Hæredes, ff. de acquir. Poſſ.*

mune opinion, c'eſt à celui qui dit qu'un bien eſt acquêt, à le prouver.

4. Il reſte l'autre queſtion, ſçavoir ſi quand la choſe que l'on ſoutient être un acquêt, excede la valeur de cent livres, il eſt permis d'en faire la preuve par témoins, notamment ſi on dit qu'elle a été acquiſe depuis la publication de cette ordonnance; (car il eſt certain qu'elle n'a lieu que pour l'avenir, & non pas pour le paſſé,) ou ſi elle ſe doit ſeulement faire par écrit? Je réponds que cette ordonnance ne ſe peut pratiquer exactement, & à la lettre, en cette occaſion; mais qu'il faut plutôt laiſſer à l'arbitrage du juge de permettre cette preuve, parce qu'il pourra connoître mieux que perſonne, par la nature de l'affaire & par les circonſtances, de quelle preuve il faudra ſe ſervir.

5. Car perſonne n'ignore que les biens, ſoit meubles ou immeubles, ſe peuvent non-ſeulement acquérir par des contrats & actes par écrit, mais auſſi ſans écrit & ſans convention: le domaine & la propriété d'une choſe peut non-ſeulement être prouvé par écrit, mais par témoins, dit l'empereur Juſtinien; car nous acquérons le domaine d'un immeuble, ſans écrit & ſans convention, par une poſſeſſion de dix années, ou d'un plus long eſpace de tems, parce que la preſcription eſt un légitime moyen d'acquérir; cependant la preſcription ne ſe peut rédiger par écrit,

---

a *Cap. unic. de content. inter me & dom. de port.* § *Si verò dominus de ſucceſſ. fratr. vel g. ad. ſuc. cap. uni. de vaſſal. decr. etat. in uſib. feud.*

b *L. Leges, C. de Legib.*

Feudiſtæ. *a* Ergò communi opinione receptum eſt, ei incumbere onus probandi, qui bona quæſititia dicit.

4. Altera ſupereſt quæſtio, an ſcilicèt teſtibus, rem quæſititiam eſſe, probare liceat, ſi centum libras excedat, & quæſita à tempore hujus conſtitutionis dicatur, (hanc enim legem regiam, futuris tantùm dare formam negotiis, certi juris eſt) *b* an verò ſcriptis tantùm, ex hàc lege regiâ. Reſpondeo, hanc legem noſtram, in iſtis exemplis, exactè & ad unguem practicari non poſſe, ſed potiùs arbitrio & æquitati judicantium relinqui debere probandi facultatem, qui ex naturâ negotii, & allegationum circumſtantiis, magis ſcire poterunt, quo genere probationis utendum ſit.

c *L. Proprietatis, C. de probat. L. Inſtrumenti, C. de fid. inſtr.*

5. Nemini enim ignotum eſt, bona tàm mobilia, quàm immobilia non tantùm ſcriptis, ſed etiàm ſinè ſcriptis & abſque hominum pactione, acquiri poſſe: proprietatis enim dominium (inquit Imperator) *c* non tantùm inſtrumentis, ſed & teſtibus probari poteſt: quærimus enim ſinè

parce qu'elle s'accomplit par le ſeul laps de tems. De plus, ſi une choſe eſt abandonnée par celui à qui elle appartenoit, & qu'un autre s'en mette en poſſeſſion, comme j'ai vu ſouvent arriver à l'égard de ceux qui n'avoient qu'un droit de ſuperficie de certaines choſes, leſquelles étant par eux abandonnées, un étranger s'en mettoit en poſſeſſion, & les poſſédoit publiquement pendant un certain tems, au vu & ſçu de celui à qui elles avoient appartenu, & ſans qu'il l'en empêchât, comme il arrive ſouvent à ceux qui ont conſtruit des boutiques ou des loges ſuperficiaires, (ainſi que les appelle le juriſconſulte Caïus,) dans les palais des princes, ou dans quelqu'autre lieu public, par permiſſion du fiſc; toutes ces choſes ſont acquêts; & celui qui ſoutient qu'elles ſont acquêts, pourra raiſonner ainſi :

6. Le fonds Cornélien étoit acquêt à Titius mon donateur, parce qu'il eſt certain qu'il ne l'a poſſédé que depuis peu, & qu'avant lui Sempronius en étoit en poſſeſſion : donc la poſſeſſion de ce fonds a paſſé de la perſonne de Sempronius à celle de Titius, au vu & ſçu de Sempronius, & ſans qu'il s'y ſoit oppoſé; & Titius eſt mort enſuite en poſſeſſion de cet héritage, d'où il s'enſuit que puiſque Sempronius & ſes héritiers n'ont jamais réclamé contre la jouiſſance qu'en a eu Titius, & que Titius eſt le dernier qui en a joui li-

---

ſcriptis, & abſque ullâ conventione, id quod per decennium, aut aliud longius tempus, à nobis præſcribitur, cùm præſcriptio ſit legitimus acquirendi modus : *a* & idcircò præſcriptio ſcribi non poteſt, cùm ſolo tempore expleatur. *b* Item, res pro derelicto habita, ſi à novo poſſeſſore occupetur, ut ſæpè vidi in ſuperficiariis poſſeſſionibus, quæ ab uno derelictæ, per alium occupantur, & certo tempore publicè poſſidentur, vidente, & non contradicente eo qui anteà poſſidebat, *c* ut ſæpè fit inter eos qui tabernas, aut officinas, ſivè ædes ſuperficiarias (ut loquitur Caïus) *d* in palatiis & locis publicis conſtruunt, fiſco permittente : Hæc omnia quæſititia ſunt; & is qui ea quæſititia eſſe contendit, hoc modo ratiocinari poterit :

6. Fundus Cornelianus quæſititius erat Titio donatori meo, eo quòd de novo viſus eſt eum poſſidere, cùm anteà poſſideretur per Sempronium, itaque mutata fuit poſſeſſio de Sempronio in Titium, vidente & non contradicente Sempronio, Titiuſque in poſſeſſione fundi mortuus eſt : ergò ſequitur cùm Sempronius, & ejus hæredes de mutatâ poſſeſſione nunquam reclamârint, & Titius de novo liberam tenuerit poſ-

a *Tot. tit. de Præſc.* 30. *vel* 40 *ann.* §. *I. Inſt. de uſu.*

b *L.* 3, *ff. de Uſucap.*

c *L.* 1 *&* 2, *& tot. tit. ff. pro derelict.*

d *L. Ult. ff. de ſuperf.*

brement, ce fonds eſt un acquêt en ſa perſonne par ce changement de poſſeſſion, & qu'ainſi ce fonds n'eſt pas un propre de Titius, ni un bien ancien de ſa famille qui lui ſoit échu par ſucceſſion ; car ayant prouvé ces deux choſes, il aura prouvé par conſéquent que ce fonds eſt acquêt, ſi ce n'eſt que l'on prouve le contraire ; & ces changemens de poſſeſſion ſe forment ſouvent ſans aucune convention expreſſe, ſuivant les différentes occaſions : donc on ne peut y appliquer cette ordonnance, qui ſemble ne parler que des conventions expreſſes, d'autant plus qu'en ce cas ſon motif ceſſe, (qui eſt la ſubornation des témoins.)

7. De plus, cette ordonnance ſemble ne parler que des pactes & des contrats, pour raiſon deſquels on intente une action principale, ſuivant ces mots : *Sans recevoir aucune preuve de témoins, outre le contenu au contrat ;* car il ſemble n'avoir rien entendu parler que du contrat ou convention, qui font le ſujet principal de la conteſtation, & non pas des autres qualités & accidens qui concernent les choſes litigieuſes, parce que ces qualités & accidens des choſes leur arrivent ſans écrit & ſans convention, comme il paroît par les exemples qui en ont été ci-deſſus rapportés, & autres ſemblables, dans leſquels il eſt de l'équité des juges de ne pas reſtreindre les preuves, particuliérement ſi on allégue en général, que le fonds dont il s'agit, eſt un acquêt ; & ils en pourront permettre la preuve en

---

ſeſſionem, fundum fuiſſe per eum de novo quæſitum, propter mutatam poſſeſſionem, *a* & non avitum, vel hæreditate obventum fundum. Ex iſtis enim duobus extremis probatis, fundus quæſititius probatus erit, niſi in contrarium aliquid allegetur : atqui, hæ poſſeſſionum mutationes abſquè hominum pactione expreſſâ ſæpè fiunt, ex variis occaſionibus : huic igitur legi ſubjici non poſſunt, quæ de expreſſis hominum conventionibus duntaxàt loqui videtur, cùm in hoc caſu ceſſet ejus ratio.

a *L. Si profundo, C. de Tranſaction.*

7° Prætereà, conſtitutio iſta videtur loqui de pactis & contractibus, de quibus actio principaliter intentatur, ex his verbis : *Sans recevoir aucune preuve de témoins, outre le contenu au contrat*, videtur enim de contractu ſeu pactione, virtute cujus expertum fuerit, principaliter loqui, & non exactè de omnibus aliis qualitatibus, & accidentibus, quæ circà res litigioſas in lite occurrere poſſent : cùm hæ ſæpè abſquè ſcriptis, & conventione hominum expreſſâ, contingere ſoleant : ut in exemplis ſuperioribus, & ſimilibus, in quibus judices pro ſuâ æquitate probationes non coarctabunt, & maximè ſi in genere allegatum ſit fundum aut

général,

général, parce que l'on peut acquérir en une infinité de manieres, même ſans écrit, ſoit par le droit des gens, ſoit par le droit civil, dit le juriſconſulte Caïus, ainſi qu'il a déja été remarqué ; & en ce cas, les juges ne ſeront point tenus de ſuivre exactement cette ordonnance.

8. Que ſi on allégue que le fonds eſt un acquêt en vertu d'une convention particuliere, comme ſi l'on dit qu'il a été acquis à titre de vente, & d'échange, de donation, autres actes qui ſont compris ſous le nom de *contrats*, & qu'on n'allégue point d'autre cauſe pour juſtifier que c'eſt un acquêt ; en ce cas, il ſemble que cette ordonnance doit avoir lieu ; & la preuve par témoins ne ſeroit pas recevable, parce que la partie qui allégue ce contrat, reſtreint lui-même la preuve ; ce qui dépend néanmoins de la prudence du juge.

9. J'ai vu ſouvent arriver une autre difficulté touchant les choſes nobles & féodales, & les choſes roturieres ; car les fonds nobles & rentes féodales ſe partagent dans les ſucceſſions, autrement que les fonds roturiers & rentes purement foncieres, ſuivant les différentes coutumes de ce royaume.

10. Cependant perſonne ne doute que tous les biens ſont réputés roturiers & libres, ſi on ne prouve qu'ils ſont nobles & féodaux, parce que ce fonds-là eſt réputé libre, qui n'eſt point aſſujetti à aucune charge.

---

reditum de quo agitur, quæſititium eſſe : at probationes in genere poterunt permittere, cùm infinitis ferè modis, etiàm non ſcriptis, acquiri poſſit, tàm jure gentium quàm jure civili, ait Caïus, *a* ut dictum eſt, & tunc huic legi ſtrictè inhærere non tenebuntur.

a *L. 1 & 2, L. Adeò, ff. de Acquir. domin.*

8. Si tamen qualitas quæſititia, nonniſi expreſſâ & particulari hominum conventione allegetur, ut ex venditione, permutatione, donatione, & cæteris, quæ contractuum appellatione continentur, *b* nec alia quærendi cauſa articulis proponatur, tunc hæc lex fortè locum haberet, & teſtium probatio recipienda non eſſet, cùm litigator contractum allegando, probationem ſuam coarctare voluerit : ſalvo tamen in his omnibus judicantis arbitrio.

b *L. Contractis, C. de Fid. inſtrum.*

9. Aliud exemplum vidi ſæpè oriri in rebus feudalibus, ſeu nobilibus, & in rebus plebanis : nam prædia & reditus nobiles alio modo diviuntur quàm plebana prædia, diverſis hujus regni conſuetudinibus.

10. At nemini dubium eſt, omnes res plebanas dici tanquàm liberiores, ſi feudales ſeu nobiles non probentur, cùm liberum ſit prædium, quod ſervile eſſe non oſtenditur.

11. Et quoique tous les François eſtiment davantage les maiſons & héritages nobles, (quoiqu'ils ſoient plus chargés de ſervitudes perſonnelles, & ſujets aux droits de commiſe & de confiſcation en pluſieurs cas, comme il eſt exprimé dans les livres des fiefs,) que les héritages roturiers qui ne ſont chargés que d'une ſimple cenſive, & ne ſont tenus d'aucune charge perſonnelle, ſi ce n'eſt que cela ſoit exprimé dans le contrat de bail à cens; néanmoins cette eſtime qu'ils font des fiefs, vient plutôt de ce qu'ils on le cœur noble & généreux, que d'aucun profit qui leur revienne.

12. Or ſuivant le droit des fiefs, la preuve de la féodalité ſe faiſoit d'abord par un acte public ou par un brevet & atteſtation du ſeigneur dominant; ou au défaut de cela, ou quand les titres étoient perdus, elle ſe faiſoit par le témoignage des pairs de cour; & ſi elle ne ſe pouvoit faire ainſi, ou qu'ils ignoraſſent ce qui en étoit, cette preuve ſe faiſoit par le ſerment du poſſeſſeur du fief, auquel on ajoûtoit le ſerment de douze témoins, qu'on appelloit *Sacramentaux*, dont il eſt ſouvent parlé au titre des Fiefs.

13. Toutefois, dans ce royaume, il eſt d'uſage que les hommages des fiefs, & les accenſemens ne ſe prouvent que par écrit, & par des déclarations dans leſquelles les héritages ſujets à la cenſive, ſont énoncés en détail: ſi

---

a *L. Altiùs junct. gl. ff. & l. Si tibi, C. de Servit.*

b *Tit. Quib. mor. feud. amitt. in uſib. feudor.*

c *Cap. 1, Quid ſit inveſtit. cap. 1, Si de feud. inveſt. contr. fuer. in uſib. feudor.*

d *Cap. 2 eod. & cap. 2, Si de inveſtitur. inter dom. & vaſſal. lis oriat.*

a 11. Et quamvis hâc opinione teneantur omnes ferè Galli noſtri, ut altioris dignitatis putent eſſe domos & prædia in feudum ſeu homagium poſſeſſa, (& ſi majori & arctiori ſervitute perſonali gravata ſint, & infinitis commiſſorum & confiſcationum cauſis obnoxia, ut in legibus feudalibus videre eſt) *b* quàm plebana prædia, cenſibus realibus ſimpliciter obligata, perſonali autem ſervilique officio nequaquàm adſtricta, ſi non expreſsè in libellariis contractibus id caveatur: hoc tamen magis ex nobili & generoſo Gallorum animo procedere arbitror, quàm ex aliquâ utilitatis ratione.

12. Jure autem feudorum ſcripto, prima feudorum probatio erat per inſtrumenta publica aut breve teſtatum; &, his deficientibus, vel amiſſis, per pares curiæ; &, his adhuc non intervenientibus, vel ignorantibus per ſacramentum poſſeſſoris, *c* adhibitis tamen aliquando duodecim ſacramentalibus teſtibus: de quibus ſæpè in legibus feudalibus fit mentio. *d*

13. In hoc tamen regno uſitatum eſt feudorum homagia, ſeu hominia, nonniſi ſcriptis fieri ac recipi, & cenſuales profeſſiones, adamuſ-

donc une perſonne ſoutient que ſon héritage eſt un fief, attendu que l'érection d'un fonds en fief ne ſe peut faire que par une convention expreſſe entre le ſeigneur & le vaſſal, j'eſtimerois que cette qualité de Fief ne ſe peut prouver que par écrit, ſuivant cette ordonnance.

14. Autrement cette terre ſera réputée cenſuelle & roturiere, ou allodiale, c'eſt-à-dire en franc-aleu, laquelle n'eſt chargée d'aucune cenſive, comme il ſe voit particuliérement en pluſieurs provinces, notamment en pays de droit écrit, laquelle terre en franc-aleu, (roturier,) ſe partage comme une terre roturiere, par portions égales entre les copartageans.

15. Car de ce qu'une terre eſt en franc-aleu, on ne juge pas pour cela qu'elle ſoit noble; au contraire, de ce qu'elle eſt allodiale, elle eſt préſumée être libre, n'ayant point de ſeigneur dominant qu'elle ſoit obligée de reconnoître.

16. Et c'eſt pour cela qu'elle eſt nommée *allodiale*, dit Budée, du verbe *Laudo*, dont les juriſconſultes ſe ſervent pour dire, *appeller ſon auteur à ſa défenſe;* ce que nous diſons (en Poitou,) *appeller en gariment.* Donc cette qualité de Fief eſt ſujette à l'ordonnance de Moulins, ſi ce n'eſt que l'on veuille excepter les châteaux & maiſons fortes, conſtruits d'antiquité, & qui ont toutes les anciennes marques des maiſons nobles, qui ont toujours été par-

---

ſim ſcriptis explicari ac enumerari. Si quis ergo prædium feudale eſſe contendat, cùm feudalis conceſſio tantùm expreſſâ hominum pactione, *a* & conſenſu fieri poſſit : qualitatem hanc ſcriptis duntaxat probari poſſe ex hâc lege regiâ exiſtimarem.

a Cap. 1, *Quid ſit inveſtitura in uſib. feud.*

14. Aliàs plebana res & cenſualis erit, vel allaudialis, quæ ſinè aliquo cenſu poſſidetur : ut in nonnullis provinciis videre eſt, maximè in iis quæ jure ſcripto utuntur; quæ allaudialis cum plebanâ, æquo jure dividi ſolet.

15. Nam ex eo quòd allaudialis fuerit, nobilis non putatur : imò, è contrario liberrima allaudialis cenſetur, cùm neminem dominum habeat, quem laudet.

16. Et idcircò allaudialis dicitur, ut eleganter docet Budæus, *b* à verbo *Laudo*, quo juriſconſulti *c* utuntur, pro eò quòd dicimus, accerſere authorem ad defenſionem noſtram, quàm vulgò *garimentum* vocamus. Ex his ergò, omnes qualitates feudales huic regiæ ſanctioni ſubjici videntur, niſi quis forſitàn excipere voluerit, caſtra, & domos ad formam caſtri antiquitùs ædificatas, & omnia nobilitatis inſignia præ ſe fe-

b In Annot. in Pand. ad L. Hereunius de eviction.

c In L. Tenetur. §. Si tibi iter. de Act. on. empt. & in dict. L. Here...

tagées comme nobles, à l'égard desquelles, si on ne peut prouver cette qualité de Noble par écrit & par titres, il sera permis de justifier que, de notoriété publique, & par le témoignage des voisins, ils sont nobles, & qu'ils ont été possédés & partagés comme fiefs, & reconnus tels par le seigneur dominant, & par tout le monde; car j'estimerois que cette preuve par témoins peut être reçue en ce cas, parce qu'il paroît déja qu'ils sont nobles par les marques honorables de fiefs qu'on y remarque encore, & parce qu'ils ont toujours été possédés par personnes nobles, & partagés noblement; car, dit le jurisconsulte, les choses sont désignées par les signes & marques qui y sont apposés, particuliérement si ces anciennes marques dénotent leur ancienne noblesse, comme sont les armoiries, les pont-levis, les tours anciennes, les murailles crénelées, les colombiers à pied, les garennes, & autres semblables indices, qui marquent une ancienne noblesse, parce que cette preuve est visible, comme dit le jurisconsulte Paulus dans un cas semblable, parlant des noms & des armes qui se trouvent gravés sur les anciens ouvrages publics.

17. Néanmoins cette question arrive rarement, parce qu'un château n'est point d'ordinaire sans sujets, & sans territoire qui en releve; & ainsi il ne se peut presque pas

---

rentes, tanquàm bona nobilia inter nobiles personas semper divisa, & cum hâc qualitate nobili, longissimâ præscriptione usurpata fuisse : de quibus tamèn cùm scriptis constare non possit, nec instrumentorum amissio probari ex famâ notariâ, & antiquorum vicinorum testimonio ostendi poterit domum & castrum, formâ nobili & possessa & divisa semper fuisse, à superioribusque dominis, & aliis nobilibus, ità denominata, & à cunctis pro nobilibus recognita. Hanc enim testium probationem recipi posse existimarem, cùm jam constet de insignibus nobilis castri, seu domûs, quæ à nobilibus semper possessa, & inter nobiles divisa fuit: nàm ex signis prostantibus, res signatas significari docet jurisconsultus; *a* & maximè, si hæc insignia antiquæ nobilitatis imaginem referant, ut sunt arma, versatiles pontes, turres antiquæ, mœnia loricata, columbaria in terram defossa, leporaria cuniculis referta, & alia similia indicia, antiquam nobilitatem demonstrantia, cùm ocularem probationem habeant, ut in simili arguit Paulus, *b* armis vel nominibus in opera publica ab antiquo impressis.

17. Rarò tamen hæc quæstio accidere poterit, cùm castrum ferè finè subditis consistere non possit; atque ità fieri non potest, quin aliquid

a *In L.* 1, §. *Si intelligatur, ff. de Ædilit. Edict. arg. L. Stigmata de fabricens. lib.* 11, *Cod.*

b *L. Qui liberalitate, & l. final. ff. de Operib. publ.*

faire que l'on ne trouve par écrit quelque preuve de la juriſdiction qu'il a ſur ceux qui relevent de lui ; & ſi la queſtion arrive, le juge ſe déterminera par les circonſtances, s'il doit admettre la preuve teſtimoniale, ou non.

18. Mais, après avoir parlé de la difficulté qu'il y a de connoître la nobleſſe des choſes, on peut dire qu'il n'y en a pas moins pour connoître la nobleſſe des perſonnes ; car cette qualité de Noble leur eſt ſouvent diſputée. Par exemple, Caïus & Titius, freres, ſont en conteſtation pour partager l'héritage paternel qui eſt en fief pour la plus grande partie. Caïus, en qualité d'aîné, demande ſon préciput & droit d'aîneſſe dans ce fief, ſuivant la plûpart des coutumes, qui donnent aux aînés nobles une plus grande portion dans les fiefs : Titius nie que Caïus ſoit noble. On demande auquel des deux ce ſera à prouver, & ſi la preuve eſt admiſſible par témoins, ou s'il faut néceſſairement une preuve par écrit ?

19. Quant à la premiere queſtion, il eſt certain d'abord que c'eſt à celui qui allégue la nobleſſe à la prouver ; car cette qualité de Noble n'eſt pas naturelle, mais accidentelle & étrangere : tous les hommes depuis Adam ſont de même condition, quant à la naiſſance, & n'ont été enſuite diſtingués, que par leur vertu, qui a été cauſe que l'un a été eſtimé plus noble que l'autre.

ſcriptis reperiri poſſit de juriſdictione caſtri, quæ ſubditis exhiberi ſolet. Si tamen ejuſmodi caſus aliquandò eveniat, exiſtimabit bonus judex an teſtium probatio ſit recipienda, prout æquius eſſe, ex qualitate rerum & allegationum, videbit.

18. Sed cùm de rerum nobilitate dictum ſit, non minùs dubitari poterit de perſonarum nobilitate ; nam in multis hæc nobilitatis qualitas ſæpè agitatur, ut ecce, Caïus & Titius fratres, contendunt de dividendâ hæreditate paternâ, cujus maxima pars feudalis eſt, ſeu nobilis : Caïus primogenitus, petit jus primogenituræ, ſecundùm leges patrias, multis regionibus conſuetas, quibus inter nobiles primogenito, major debetur portio : Titius verò hanc perſonarum nobilitatem inficiatur : Quæritur, cui incumbat probatio ? & an teſtibus, vel ſcriptis tantùm, probare hanc liceat ?

19. Quòd ad primum quæſitum, nihil dubitationis habet : nobilitatem, quippè aſſerenti incumbit onus probandi, *a* cùm nobilitatis qualitas ſit accidentalis & extrinſeca : omnes enim homines ab Adamo, ejuſdem conditionis eſſe, quoad nativitatem attinet, exiſtimantur, ſed ex præſtantiâ morum virtutis vel ſanctitatis diſtincti ſunt, unuſque altero dignior & nobilior eſt habitus.

a L. Is qui dicit, L. Aſſeveratio, de Probationib. l. 2. Non ignoras, C. de His qui accuſ. poſſ.

20. Ce que quelques-uns disent avoir été premiérement observé à l'égard des trois fils de Noë, dont l'un nommé *Cham*, pour n'avoir pas caché la turpitude de son pere, fut condamné par lui avec beaucoup de justice, à servir ses deux freres, & à travailler à l'agriculture ; & les deux autres, au contraire, reçurent sa bénédiction : ainsi l'origine de leur noblesse fut la récompense de leur vertu.

21. De plus, il paroît assez que la noblesse est une qualité accidentelle, en ce qu'elle peut être, & n'être pas dans une personne, sans que cette personne cesse d'être, comme dit Bartole, & comme on peut observer à l'égard d'une femme roturiere, qui devient noble en épousant un homme noble, &, en se remariant à un roturier, cesse d'être noble : de plus, un homme noble peut être privé de sa noblesse par une condamnation pour crime ; & néanmoins il ne laisse pas de demeurer homme, & peut même être réhabilité en sa qualité de Noble comme auparavant. Enfin on pourroit prouver par une infinité d'exemples, que la qualité de Noble est accidentelle & étrangere à l'homme : donc celui qui se dit noble, doit le prouver.

22. Mais il y a plus de difficulté pour l'autre question, sçavoir si cette preuve se peut faire par témoins, nonobstant l'ordonnance de Moulins, à laquelle je réponds que si on fonde la noblesse sur quelque contrat, ou acte qui ait

---

20. Quod primò factum fuisse putant nonnulli, in tribus filiis Noë, quorum unus, Cham nomine, quòd pudorem patris neglexisset, duobus aliis fratribus servire, & sese agriculturæ dedere, æquissimo patris judicio condemnatus est : alii verò duo fratres, Chamo superiores, ab eodem, cum benedictione declarati sunt, quòd verenda patris cum pudore retexissent ; *a* & ità ex morum sanctitate orta est eorum nobilitas.

21. Prætereà, quod accidentalis sit, satis patet, ex eò quòd adesse & abesse potest absque subjecti corruptione, ut inquit Bartolus, *b* quemadmodùm etiàm apparet in fœminâ plebeiâ, quæ nobili nubens, nobilis efficitur, *c* & secundò juncta plebeio, desinit esse nobilis : *d* item, homo nobilis, propter criminis condemnationem, nobilitate privari potest, *e* & tamen manet homo, nobilitatique per principem iterùm restitui potest : *f* denique aliis infinitis penè exemplis ostendi posset, nobilitatis qualitatem accidentalem esse & extrinsecam. Qui igitur se, nobilem dicit, qualitatem hanc probare debet.

22. Alia quæstio majus habet dubium, an scilicèt hujusmodi probatio huic edicto Molinæo subjici debeat ? Ad quam respondeo, quòd

a *Genes.* 9.
b *In L.* 1, *C. de Dignit.*
c *L. Fœminæ, C. de Senatoribus.*
d *L. Mulieres, C. de Dignitatib.*
e *L. Unic. C. de Infamib. junct. L. Ad tempus, & l. Iniuriarum, C. Ex quib. caus. infam.*
f *L. Quæris & ibi tit. de Natal. restit. ff.*

la forme de contrat, ou qui ſoit paſſé en force de contrat depuis cette ordonnance, en ce cas il faut le prouver par écrit, ſuivant ces mots: *Que de toutes choſes excedant cent livres, ſeront paſſés contrats.* Que ſi on fonde ſa nobleſſe ſur la poſſeſſion immémoriale; en ce cas, cette preuve par témoins ne doit pas être cenſée avoir été défendue par l'ordonnance; & afin de donner plus de jour à cette diſtinction, il faut diſtinguer la nobleſſe politique en deux eſpeces, ſuivant l'uſage ordinaire de France; (car nous ne parlons pas ici de la nobleſſe théologique, laquelle, à l'exemple de Bartole, nous laiſſons à examiner aux théologiens,) l'une de naiſſance, & ancienne, c'eſt-à-dire de race, & la nobleſſe acquiſe, ou nouvelle.

23. La nobleſſe de race eſt celle qui paſſe des ancêtres, qui ont acquis leur nobleſſe par leur vertu, à leurs deſcendans; enſorte qu'on appelle Nobles ceux qui ſont nés de parens qui étoient nobles d'une ancienne nobleſſe: c'eſt de cette nobleſſe dont Ariſtote a parlé, quand il a défini la nobleſſe, une clarté de lignée, qui paſſe du pere au fils, & un honneur attaché à une famille, laquelle s'eſt rendue conſidérable par ſa vertu. C'eſt de cette nobleſſe auſſi que parle Caſſiodore, qui dit qu'elle ne nous ſert de rien, ſi nous n'y joignons notre propre vertu: comme dit auſſi Juvenal, qu'il

---

ſi nobilitas allegetur ex aliquo contractu, vel actu ſpeciem contractûs referente, aut in naturam contractûs incaleſcente, à tempore hujus conſtitutionis, tunc ſcriptis, non teſtibus fieri hanc debere, ex his verbis conſtitutionis: *Que de toutes choſes excédant cent livres, ſeront faits contrats.* Si verò nobilitas non ex actu ejuſmodi vel contractu ſed ex antiquâ corporis præſcriptione prætendatur: hujus probationem, legis noſtræ rationi non eſſe ſubjiciendam. Quæ diſtinctio, ut pateat clariùs, nobilitatem politicam ſic diſtinguemus, (quandoquidem de theologicâ loqui non intendimus, ſed eam, Bartolum *a* ſequuti, theologis relinquimus) eam duplicem ex communiori Gallorum uſu facientes; alteram natalem, ſeu antiquam alteram verò quæſititiam, ſeu novam.

a *In L. 1, C. de Dignit.*

23. Natalis nobilitas ea eſt, quæ ab antiquis parentibus genere & claritate morum conſpicuis, ad deſcendentes pervenit: adeò ut nobiles nati dicantur, quià ex parentibus, avitâ nobilitate fulgentibus, nati ſint: cujus meminit Ariſtotel. *b* cùm ait, nobilitatem eſſe majorum claritatem, & honorem progenitorum, quæ attenditur ſecundùm virtutem generis: de quâ etiam loquitur Caſſiodorus, *c* affirmans nobilitate ſeu bonitate cognatorum nos non illuſtrari, niſi fuerimus nos ipſi boni:

b *Libr. 2 Rethoricor.*

c *Libr. 9, Epiſt. 8.*

eſt inutile à notre gloire de pouvoir compter une longue ſuite d'ancêtres illuſtres, ſi nous n'avons pas la même probité qu'eux. Or Félinus, & les canoniſtes Bartole & Lucas de Penna eſtiment que cette nobleſſe de race eſt la plus véritable; fondés peut-être ſur cette raiſon, qu'elle eſt établie ſur un double fondement, c'eſt-à-dire ſur la vertu des ancêtres, dont elle a pris ſon origine, & ſur la poſſeſſion immémoriale qui a rendu la vertu comme héréditaire dans ſa famille: or, comme deux liens ſont plus forts qu'un ſeul, cette nobleſſe de naiſſance eſt auſſi plus eſtimée, parce que non-ſeulement elle eſt fondée ſur la vertu, mais ſur la poſſeſſion immémoriale.

24. A l'égard de la nobleſſe nouvelle, ou ennobliſſement, c'eſt celle qu'une perſonne roturiere a acquiſe par ſa vertu, ou par ſa ſcience, dont parle Cicéron, quand il dit qu'il eſt de l'intérêt de la république, que la mémoire des hommes illuſtres qui ont bien mérité d'elle, ſoit conſervée: comme il arrive à ceux qui, à cauſe de leurs exploits de guerre ſont ennoblis & faits chevaliers par le prince; & ceux qui, par leur ſcience, leur vertu & leurs bonnes mœurs, ſont faits décurions & nobles, tels que ſont les décurions ou défenſeurs, (ou échevins des villes,) qui acquierent la nobleſſe avec cette dignité, pour eux &

---

a *Satyra* 8. cui ſententiæ accedit quoque Juvenalis, *a* cùm ait, nihil prodeſſe Sanguine longo cenſeri, ſi deficiat morum probitas. Hæc verò nobilitas avita verior à Felino *b* & canoniſtis exiſtimari videtur; idemque cenſent Bartolus, *c* & Lucas de Penna: *d* hâc ratione forſitàn ducti, quòd duplici vinculo ſtabilita ſit, antiquâ ſcilicèt claritate & virtute progenitorum excellentiori, à quâ originem habuiſſe præſumitur & longiſſimi temporis continuatione, ex quâ antiqua nobilitas in illâ familiâ perpetuata videtur: ideòque cùm duo vincula ſint fortiora uno, *e* dignior & conſpectior exiſtimatur hæc natalis nobilitas: quià non ſolùm virtute, ſed etiam longiſſimo tempore, huic familiæ impreſſa fuerit.

b *In capit. Super eod. de teſtib. & cap. Venerabilis de præb. ext.*

c *In L.* 1, *C. de Dignit.*

d *In L. Mulieres, C. eod.*

e §. *Sed hodie, Inſt. de adoption.*

24. Nobilitas verò nova & quæſititia eſt, quæ vel militiâ, vel ſcientiâ, aut aliâ virtutis claritate comparata eſt, ab eo qui nuper plebeïus erat, de quâ Cicero *f* ait: *Intereſſe reipub. clarorum virorum, & de repub. benè meritorum, memoriam manere;* cujuſmodi eſt in iis, qui ſtrenuitate armorum & nobilitatem & equeſtrem ordinem à principe conſequuntur, & in iis qui ſcientiâ, virtute, & morum claritate decuriones & nobiles in civitate conſtituuntur: ut ſunt decuriones & defenſores civitatum, qui nobilitate ſimul, cum dignitate adeptâ, pro ſe &

f *In Orat. pro Sextio.*

pour

pour leur postérité, du nombre desquels sont les échevins de Poitiers, ainsi appellés *Scabini*, ou *Excavini*, du verbe *Excaveo*, qui signifie *veiller*.

25. Et ils sont réputés nobles en fait de successions, & à l'effet de posséder toutes sortes de dignités, comme les nobles de race, & sans aucune différence, ainsi que dit la Coutume de Poitou, & qu'il a été jugé souvent au parlement (de Paris.) Bien plus, non-seulement cette noblesse passe aux enfans qui naissent ensuite, mais même elle rend nobles ceux nés avant que cette noblesse fût acquise, comme il est porté expressément dans les lettres-patentes de Charles V, de 1372, en reconnoissance de la fidélité insigne des habitans de la ville de Poitiers; ce qui n'auroit pas lieu, suivant la disposition de droit, qui ne veut pas que la dignité du pere ennoblisse les enfans déja nés.

26. Et cette noblesse nouvelle, ou ennoblissement, est accordée aussi en faveur de certaines dignités par le prince, comme aux conseillers de cour souveraine, qui, par une nouvelle déclaration du roi, ont été déclarés nobles, eux & leur postérité.

27. Je ne comprends pas ici la noblesse qui se tire de la possession des fiefs, parce qu'en France les fiefs n'ennoblissent point les roturiers, comme remarque Lucas de Penna, quand ce seroit des Comtés, ainsi qu'il est remar-

---

posteris suis gaudent : *a* quorum in numero sunt Pictavienses nostri decuriones, qui Scabini vulgò appellantur, & fortè Excavini, à verbo *Excaveo*, latiniùs dici possent.

a *L. 2, per Bartol. ff. de Decurion.*

25. Hi autem tanto nobilitatis privilegio sunt insigniti, ut ad successiones & cujuscunque generis honores extendatur, nullaque sit inter eos & alios antiquos nobiles differentia, ut in municipali Pictonum lege videre est, *b* & sæpè in supremo senatu judicatum. Quinimò hæc nobilitas non tantùm ad postgenitos sed etiàm ad jam natos pertinet, verbis expressis concessi eis olim privilegii, à rege Carolo V, *c* in præmium invictissimæ fidelitatis civium Pictavienstum, quod alitèr non fieret, repugnante juris dispositione, *d* quæ vult dignitatem ad filios jam natos non retrotrahi.

b *Artic. Consuet.* 238.

c *Ann.* 1372.

d *L. fin. C. de Decur.*

26. Quæ etiam nobilitas quæsititia, est in aliis dignitatibus publicis, nobilitate insignitis ex beneficio principis, ut in senatoribus supremæ curiæ, qui novo regis placito, nobiles, cum suis posteris declarati sunt.

27. Dignitates autem à feudis procedentes, hìc non comprehendo : cùm in hâc nostrâ Galliâ, feuda plebeis nobilitatem conferre non so-

qué en pluſieurs coutumes. Si donc la nobleſſe, ſoit de race, ou nouvelle, eſt conteſtée, je conclus que pour la premiere, qui eſt celle de race, elle ſe peut prouver par témoins, parce qu'elle eſt plutôt fondée ſur la preſcription des tems, qui ne tire point ſa force des actes par écrit, mais qui s'accomplit par le tems, que ſur aucune convention ou conceſſion ; & pour ſçavoir comment cette preuve ſe doit faire, cela eſt aſſez marqué dans Bartole, & autres qui en ont traité : c'eſt pourquoi je ne m'y arrête pas davantage.

28. J'excepte néanmoins un ſeul cas, où même à l'égard de la preuve de la nobleſſe de naiſſance, il faut une preuve par écrit, ſçavoir lorſqu'il eſt queſtion de la nomination aux bénéfices d'une perſonne en qualité de Noble, à cauſe de ſes degrés, pour leſquels il ne lui faut que trois années d'étude ; car alors il eſt requis que le titre qui juſtifie ſa nobleſſe, ſoit préalablement ſignifié aux collateurs des bénéfices, ſuivant les ordonnances & le concordat de Léon X : autrement ils ne pourroient point obtenir les bénéfices en vertu de leurs degrés ; & même ſi le bénéfice leur étoit conteſté en juſtice, & que cette preuve par écrit de nobleſſe manquât, & n'eût pas été inſinuée durant le Carême, ils perdroient leur cauſe ; & il ne leur ſeroit

---

a *In L. Cùm neque, C. de Incol.*

b *L.* 3, *ff. de Uſucap.*

c *L.* 1, *C. de Dignit. ex not. per Innocent. in cap. De multa, de præb. & Rebuff. in trac. nom. quæſt.* 12, *n.* 28.

d *Ludovic.* 12, *titul.* des Gradués ſimples, art. 11 ; & §. *Cùm verò de coll. in Concord.*

e §. *Teneantur ; & ibi Rebuffus, de coll. in Conc.*

leant, ut notat Lucas de Penna, *a* etiamſi ſint Comitatus, ut in multis conſuetudinibus cernere eſt. In his ergò nobilitatibus, ſivè antiquis, ſivè novis, ſi denegentur concludo, quòd pro nobilitate avitâ, & ex genere prætenſâ, teſtibus uti poterimus, cùm magis ex præſcriptione temporis oriatur, (quæ ſcribi non ſolet ſed ſolo temporis tractu perficitur *b*) quàm ex aliquâ hominis pactione vel conceſſione. Quomodò autem fieri debeat, ſatis vulgatum eſt, ex Bartolo, *c* & aliis, de hâc probatione tractantibus, ideòque in his non magìs inſiſto.

28. Excipio tamen ab hâc teſtium probatione, pro natali nobilitate faciendâ, caſum unicum, quo teſtationis actus ſcribi debet : cùm ſcilicèt agitur de nominatione ad beneficia, nobilibus concedendâ, ratione gradûs, ex triennali ſtudio : tunc enim nobilitatis actus, certâ ſolemnitate confectus & conſcriptus, neceſſariò præcedere debet, cum ſignificatione collatoribus factâ, ex regiis conſtitutionibus, & concordatis inter regem & Romanum pontificem habitis : *d* aliter beneficia non conſequerentur : imò lite de beneficio motâ, ſi hæc ſolemnis teſtatio ſcripta deficiat, & præſcripto tempore quadrageſimali inſinuata non ſit, cadent à lite, nec teſtes producere ad probandam nobilitatem, eis, licebit, *e*

pas permis de prouver leur nobleſſe par témoins, à cauſe de cette ordonnance, dont il n'eſt aucunement permis de ſe départir, parce qu'elle doit être obſervée à la lettre.

29. Quant à la nobleſſe acquiſe depuis cette ordonnance, ſi elle eſt conteſtée, je dis qu'il faut néceſſairement par deux raiſons, la prouver par écrit.

30. Premiérement, parce qu'elle eſt fondée ſur la conceſſion du prince ou d'une ville : or cette conceſſion ou donation eſt une eſpece de contrat, & eſt miſe au nombre des contrats. Secondement, parce que cette grace, ou ce privilége, accordé par le prince ou par une ville, n'a point coutume d'être accordé, ſinon par un acte par écrit ; car il eſt néceſſaire qu'un conſeiller, par exemple, ou un échevin, ſoient inſcrits dans la liſte que l'on en fait ſolemnellement, autrement ils ne ſeroient pas cenſés être du Corps des conſeillers & échevins, particuliérement ſi c'eſt depuis peu qu'ils ſont élevés à cette dignité, & qu'ils ne ſoient point d'ailleurs en poſſeſſion de cette nobleſſe de pere en fils, comme il a été remarqué à l'égard de la nobleſſe de race. Donc celui qui ſe dit échevin ou conſeiller, ou fils d'échevin ou de conſeiller, à l'effet de partager noblement une ſucceſſion, ou de jouir de quelque autre privilége de nobleſſe, doit le prouver par écrit, comme par les proviſions obtenues du prince, regiſtrées en la cour, par leſquelles il a été ennobli, ou par ſes proviſions d'échevin, regiſtrées au greffe de la ville dont il eſt échevin,

---

propter præſcriptam à lege formam, à quâ ne latum quidem unguem recedi poteſt : cùm hæc in omnibus omninò impleri debeat. *a*

29. Pro novâ vero nobilitate à tempore hujus conſtitutionis quæſitâ, ſi denegetur, dico neceſſariò ſcriptis probandam eſſe, duplici ratione.

30. Primâ, quod ex ſolâ conceſſione ſeu donatione à principe, vel à civitate factâ nitatur : atqui conceſſio vel donatio, contractûs ſpeciem habet, *b* & inter contractus numeratur : ſecundâ, quòd principis vel civitatis ſpeciale privilegium, nonniſi ſcriptis concedi ſoleat : ſenatores quippè atque decuriones ſolemnitèr in albo ſcribi neceſſe eſt, *c* aliàs in ordinem aſciti non videbuntur, maximè ſi recens ſit eorum dignitas, & à majoribus præſcriptionem longiſſimam non habeant, ut de natali nobilitate dictum eſt. Qui igitur ſe decurionem vel ſenatorem, vel filium decurionis aut ſenatoris aſſerit, ut more nobilium hæreditatem dividat, vel privilegio nobilium utatur, ſcriptò probare debet : utpotè, principis diplomate, quo nobilitatus fuerit, vel ſenatoriæ dignitatis conceſ-

a *Cap. plurâlis, de Reg. Jur. in 6; & ibi Dynus, L. Quoties. Qui ſatisd. cog. ff.*

b *L. Contractus, C. de Fide inſtrum.*

c *L. 1 & 2, ff. de alb. Scrib.*

ou autre ſemblable preuve par écrit, attendu que ces ſortes de choſes ont accoutumé d'être écrites ; ce qui a été ordonné auſſi pour éviter la ſubornation des témoins qui ſe pourroit pratiquer en ces occaſions, contre l'eſprit de l'ordonnance ; car, à l'égard de l'ennobliſſement, il ne ſuffit pas de ſe dire noble ; & le bruit public n'eſt pas une preuve ſuffiſante, parce que ce bruit eſt d'ordinaire faux, vain, trompeur, & ſans fondement, comme dit Cicéron.

31. J'eſtimerois pourtant qu'il faut excepter un cas, ſçavoir, lorſque quelqu'un eſt fait chevalier par le prince, ſur le point d'un combat, comme il arrive quelquefois que le prince fait chevaliers des gens, lorſque les épées ſont déja tirées pour ſe battre, afin de les rendre plus hardis au combat ; car perſonne ne doute qu'ils ne ſoient ennoblis ; & Juſtinien dit qu'ils ſont mis dans le premier rang après les perſonnes appellées *Clariſſimes*, quoique peut-être ces perſonnes ne fuſſent pas nobles de naiſſance ; car, comme cette conceſſion de nobleſſe ne s'écrit point d'ordinaire, parce que le prince & le chevalier ne ſongent point à en écrire la preuve, en ce moment, qu'avec leur ſang ; en ce cas, je crois que cette conceſſion de nobleſſe peut être prouvée par le témoignage des ſoldats préſens qui l'ont entendu ; ce qui a lieu, attendu les grands priviléges

---

ſione in regeſto civitatis in quâ decurio electus fuerit, ſcriptâ, aut ſimilibus teſtationibus ſcriptis, præſertim cùm ſcribi conſueverint: quod ideò factum eſt, ne ſi per teſtes probatio in his rebus admitteretur, ſubornandorum teſtium præberetur facultas, contrà mentem edicti hujus : cùm in hâc novâ nobilitate non ſufficiat ſimplex & nuda aſſeveratio, dicentis ſe nobilem, *a* nec vulgi opinio illud inducere poſſit, cùm populi vox, at plurimùm, fallax, vana, *b* & quandòque ſtulta ſit, ut inquit Tullius.

31. Unum tamen caſum excipiendum eſſe putarem, ſcilicèt in equeſtri ordine, in procinctu bellicæ pugnæ à principe conceſſo, ut ſæpè viſum fuit : cùm princeps, aciem paratam habens ad conflictum acie inimicorum inſtante, & urgente, & ferè manus conſerente, ſtrictò enſe plurimos facit equites, ut eos jam armatos ad pugnam reddat ardentiores. Nemo enim dubitat, hac equeſtris ordinis conceſſione, nobiles fieri : cùm primi ordinis cenſeantur, poſt clariſſimatûs gradum, inquit Imperator, *c* qui aliàs forsàn genere nobiles non erant. Cùm igitur hæc dignitas & nobilitas nunquàm ſcribatur, quando id tantùm litteris ſanguine rutilantibus ſcribere tunc intendant, *d* cùm princeps, tùm milites, arbitror hanc nobilitatem armis & ſanguine quæſitam, teſtibus, aliis

a Argum. L. Non nudis, C. de Probat.

b L. Decurionum, C. de Pœn. l. Divo Marco, C. qui manumit. non poſſ. l. Si privatus, ff. qui & a quib.

c L. un. C. de equeſtr. Dignit.

d L. Milites, C. de Teſt. milit.

des ſoldats, fondés ſur ce qu'ils ſont d'ordinaire peu verſés dans les affaires, & parce qu'ils doivent mieux ſçavoir manier les armes que tenir la plume; c'eſt pourquoi on les a exemptés d'obſerver les formalités des loix à la rigueur : ajoûtez à cela que ceux qui ſont ennoblis par le prince, ſur le point du combat, ne doivent pas être obligés à faire cette preuve par écrit, d'autant qu'ils ont non-ſeulement pour eux la préſence du prince, qui fait plus de foi toute ſeule que quelque acte par écrit que ce puiſſe être, puiſque même elle ſupplée toutes les ſolemnités du droit, comme il eſt notoire à l'égard des teſtamens faits en préſence du prince; car, en cette occaſion, non-ſeulement ce prince eſt préſent, mais c'eſt le prince lui-même qui, de ſa main, le fait chevalier, il ſeroit donc indigne d'y requerir une plus grande ſolemnité; &, comme dit Juſtinien, quand il parle des donations faites par le prince, ce ſeroit faire injure à leur libéralité.

Il faudroit dire autre choſe de la qualité d'écuyer, accordée à quelqu'un par le prince durant la paix; car, à l'égard de ces chevaliers, ils ne méritent pas autant de faveur que ceux qui, au prix de leur ſang, & au péril de leur vie, ont acquis la nobleſſe. Il faut dire la même choſe des chevaliers de l'ordre; car, ſi on leur dénie cette qualité, ils doivent la prouver par écrit, parce que d'ordi-

---

ſcilicèt militibus tunc adſtantibus, probari poſſe : cùm tanta ſint militantium privilegia, propter eorum ſimplicitatem, *a* & quoniàm arma magis quàm jura ſcire milites convenit : *b* ità ut ſtrictis regum ſolemnitatibus omninò ſoluti videantur. Adde quòd eâ potiſſimùm ratione hujuſmodi nobiles hâc legis neceſſitate arctari non debent, quòd ipſiſſima principis præſentia, quibuſcunque ſcriptis dignior & probatior ſit, & ex eâ omnis juris ſolemnitas ſuppleatur, ut dicitur in teſtamentis coràm principe factis : *c* Hoc enim caſu, non tantùm adeſt principis præſentia, ſed ipſemet princeps, manu ſuâ propriâ dignitatem confert, majorem ergò exquirere ſolemnitatem, indigniſſimum videretur, &liberalitati principis injurioſum, ut loquitur imperator, cùm de principis donatione verba facit. *d*

Aliud fortè diceretur de equitibus in otio creatis, ſcilicèt extrà caſtra, cùm illi tanto favore non gaudeant, *e* quanto alii, qui ſanguine ſuo, & vitæ periculo, dignitatem hanc conſequuntur. Idem de torquatis militibus, qui vulgò ordinis equites dicuntur, puto enim quòd dignitatem

a *L.* 1, *ff. de militi. teſt.*

b *L. Scimus, C. de Jure deliber.*

c *L. Omnium, C. de Teſt.*

d *L. Sancimus, C. de Donat. & L. fin. §. fin. C. de Quædrion. præſcript.*

e *L. Ne quidam, C. de milit. Teſt. L. Divus, ff. eod. §. Illis inſt. eodem.*

naire c'eſt pendant la paix, & au retour de l'armée qu'on les crée chevaliers; & ainſi leur nom ſe doit trouver inſcrit ſur le rôle des chevaliers de l'ordre.

ſuam, ſi denegetur, ſcriptis probare debebunt, cùm in otio, & à caſtris redeuntes ut plurimùm creari, & in albo ordinis ſcribi debeant.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XVII.

SOMMAIRE.

1. 1° *Si la preuve par témoins eſt admiſſible pour prouver la qualité des biens?* 2° *Si la qualité des perſonnes ſe peut auſſi prouver par témoins?*
2. *De l'opinion de ceux qui ont cru que tout bien devoit être réputé acquêt.*
3. *L'homme, quoiqu'il naiſſe tout nud, a droit ſur toutes les créatures, pour conſerver ſon être.*
4. *Ainſi tous biens ſont préſumés propres, s'il n'eſt prouvé que ce ſont des acquêts.*
5. *Diſtinction entre les propres naturels & les propres fictifs.*
6. *Des immeubles fictifs.*
7. *Le domicile peut être prouvé par témoins.*
8. *Des loges & boutiques dont parle Boiceau.*
9. *De la qualité des biens nobles ou roturiers.*
10. *La preuve par témoins n'eſt reçue contre la préſomption établie par la coutume.*
11. *Nulle rente n'eſt réputée féodale, ſi le titre d'inféodation ne paroît.*
12. *Nul droit inſolite n'eſt exigible par le ſeigneur ſans titre.*
13. *Comment on préſume qu'il y a eu une inveſtiture d'un fief.*
14. *De la preuve des dixmes inféodées.*
15. *De la preuve de l'union des bénéfices avant le concile de Conſtance, en* 1514.
16. *Boiceau a obmis de diſtinguer le franc-aleu noble, du franc-aleu roturier, ſi la preuve eſt reçue en ce cas.*
17. *De la preuve de la qualité des cenſives.*
18. *Ancien uſage pour la preuve des inveſtitures d'un fief, par le témoignage des pairs de fief.*

19. *Cet ancien uſage aboli, le ſentiment de Pontanus ſur ce ſujet.*

20. *Opinion de Me Charles Dumoulin ſur la maniere d'inveſtir par le ſeigneur ſon nouveau vaſſal d'un fief verbalement.*

21. *Suivant les coutumes, le ſeigneur & le vaſſal ſont tenus de ſe communiquer leurs titres.*

22. *De la réunion qui ſe fait de plein droit au fief des héritages acquis par le ſeigneur en ſa cenſive.*

23. *Sentiment de Dumoulin, touchant les héritages acquis par le ſeigneur hors l'étendue de ſa cenſive.*

24. *Autre queſtion ſur ce ſujet, touchant la deſtination du pere de famille.*

25. *Toutes les deſtinations du pere de famille doivent être prouvées par écrit.*

26. *Si on peut prouver qu'un château eſt un fief, parce qu'il a les anciennes marques d'un fief?*

27. *Les inſcriptions & monumens publics font preuve en juſtice.*

28. *Sentiment de Péréſius, qui dit qu'elles rendent la choſe notoire, mais qu'elles ne font pas une pleine foi, s'il n'y a poſſeſſion.*

29. *Ce que c'eſt que* monumentum *en droit; conſéquence de cette définition.*

30. *Opinion de Matthæus.*

31. *Exception, ſi l'inſcription a été gravée par l'ordre du magiſtrat, & neanmoins, en ce cas, elle ne fait pas toujours preuve.*

32. *Exemples illuſtres d'une inſcription miſe par les Lacédémoniens ſur le trépied de Delphes.*

33. *Trois titres du Code ſur ce ſujet, & ce que l'on y entend par le mot de* titre.

34. *Les inſcriptions faiſoient foi chez les Grecs & les Romains.*

35. *Si l'inſcription faite par l'ordre d'un particulier fait foi?*

36. *L'inſcription fait foi contre celui qui la fait faire.*

37. *Si cette inſcription tient lieu d'un commencement de preuve par écrit contre un tiers.*

38. *Seconde queſtion, touchant le droit de patronage. Sentiment de M. d'Argentré, rapporté par Loyſeau; ordonnance de 1539 pour la Bretagne.*

39. *Sentiment de Loyſeau ſur cette queſtion.*

40. *La poſſeſſion de préſenter à la cure eſt la principale preuve de droit de patronage.*

41. *Si la fondation des chapelles n'étant point prouvée par titre, la poſſeſſion peut être prouvée par témoins?*

42. *Sentiment de Mareſchal ſur la preuve du droit de patronage.*

43. *La preuve par témoins, reçue en ce cas, quand il y a commencement de preuve par écrit, ſuivant l'opinion des docteurs.*

44. *Arrêt dans les Mémoires du clergé, ſur ce ſujet.*

45. *Si, quand le titre du droit de patronage manque, il ſuffit d'articuler la poſſeſſion de ce droit, avec les marques extérieures?*

46. *Arrêt rapporté par Dolive.*

47. *Autre arrêt pour la poſſeſſion des litres & ceintures funebres, par le bas juſticier.*

48. *Bas & moyen juſticier ne peuvent s'attribuer les droits honorifiques par quelque poſſeſſion que ce ſoit.*

49. *De la qualité de noble & de roturier.*

50. *Diſtinction des nobles & des ennoblis. Définition de la nobleſſe de race.*

51. *Combien de ſortes d'ennoblis autrefois.*

52. *Il n'eſt pas néceſſaire d'être noble pour partager un fief noblement, comme dit Boiceau.*

53. *Nobleſſe de race ſe peut prouver par témoins, & l'ennobliſſement par écrit.*

54. *Comment ſe fait la preuve de la nobleſſe, ſelon Bacquet; qualité des dépoſitions des témoins de l'enquête.*

55. *Sentiment de Loyſeau.*

56. *Si une ſimple ſentence des élus peut faire preuve de nobleſſe?*

57. *Il faut auſſi prouver qu'on n'a point dérogé.*

58. *Si la nobleſſe s'acquiert par poſſeſſion immémoriale.*

59. *Préſomption de nobleſſe tirée de celle du pere & de l'aïeul, n'eſt point* juris & de jure.

60. *Ennobliſſement ne ſe peut preſcrire par la poſſeſſion.*

61. *Inveſtiture par le roi d'un fief de dignité, ennoblit.*

62. *Si cette inveſtiture peut être préſumée par une longue poſſeſſion d'un fief de dignité, quand elle n'eſt pas rapportée?*

63.

63. *L'uſage de faire des chevaliers ſur le point du combat, ne s'obſerve plus.*

64. *Réhabilitation ſe doit prouver par écrit.*

1. BOICEAU traite de deux choſes dans ce chapitre ; la premiere, de la preuve de la qualité qui rend les biens nobles, allodiaux, ou roturiers ; la ſeconde, de la qualité des perſonnes, ſoit nobles, ſoit ennoblies : il faut examiner ce qu'il en dit dans le même ordre.

Quant à la premiere, il parle d'abord de la preuve de la qualité qui rend un fonds propre, ou acquêt : il demande laquelle de ces deux qualités eſt naturelle à nos biens, ou étrangere & accidentelle. Brodeau, ſur Louet, lettre P, agite cette queſtion, nomb. 47, & rapporte les différentes ſignifications de ce mot, *Propre.*

2. Ceux qui ont cru que tout bien devoit être réputé acquêt, s'il n'étoit prouvé que ce fût un propre, ſe ſont fondés, comme dit Boiceau, ſur ce que l'homme vient tout nud au monde.

3. Mais, quoique cela ſoit véritable, il eſt certain que Dieu, par une magnificence digne de lui, ayant créé l'univers pour notre uſage, chaque homme naît avec le droit d'uſer de toutes les créatures, pour la conſervation de l'être qu'il a reçu [*] ; & ſi ceux qui ſont pauvres toute leur vie, en ſont preſque entiérement privés, & que la loi même ne leur permette pas de ſe faire rendre par force cette portion légitime qui ſemble leur être dûe en qualité d'homme, notre religion nous apprend que c'eſt une ſuite & une punition du péché de notre premier pere, qui a été cauſe de ce partage inégal des biens qui auroient été poſſédés en commun, s'il étoit demeuré dans l'état d'innocence ; & néanmoins les riches ne ſont en poſſeſſion de ces biens qu'en qualité d'œconomes, auxquels la divine Providence en a confié le ſoin, & qui, ſelon cet ordre,

[*] L'auteur du Nouveau Commentaire de la Coutume de la Rochelle examine cette queſtion ſur les articles 44, n. 127 ; 47, n. 139 ; 50, n. 4 ; & il poſe comme une maxime inconteſtable que tout immeuble eſt préſumé acquêt plutôt que propre, de même que tout bien eſt préſumé roturier plutôt que noble. Cette maxime, dit-il, eſt atteſtée par Bacquet, Loyſel, Duplêſſis, Auzanet, le Brun, Renuſſon, Ferriere, Dumoulin, en un mot, par tous les auteurs, excepté celui du Traité de la preuve par témoins, & la Peyrere, lettre A, n. 1.

ſont chargés de faire ſubſiſter ceux qu'elle a dépouillés, ce ſemble, pour les enrichir.

4. Au reſte, c'eſt le droit civil qui a trouvé ces mots de *propres* & d'*acquêts*; & ſi l'on a communément décidé que tout bien eſt réputé propre, ſi l'on ne prouve qu'il eſt acquêt, ce n'eſt pas par cette raiſon que l'homme a, de droit naturel & de droit divin, le domaine & l'uſage des choſes d'ici-bas, mais parce que, comme dit Boiceau, celui qui poſſede eſt réputé avoir toujours joui, ſuivant les principes des loix civiles: ainſi la poſſeſſion du pere paſſe de droit naturel aux enfans; & en un mot, les loix l'ont continuée depuis le premier des hommes juſqu'à nous, par différens moyens. Cela ſuppoſé, il eſt certain, que comme il ne s'agit en cela que de la preuve de la qualité des biens, & non pas préciſément de la preuve d'une convention, il n'y a pas de doute que cette preuve ne puiſſe être faite par témoins, du moins en certains cas, comme Boiceau l'explique dans la ſuite.

5. J'ajoute qu'il faut diſtinguer entre les propres naturels, & les propres fictifs, dont Boiceau n'a point parlé; car à l'égard des derniers, il faut une preuve par écrit, parce que cette fiction étant contre le droit commun, ne ſe peut faire que par une convention, comme par un contrat de mariage, ou par une deſtination ſpéciale, dont il eſt parlé en l'article 93 de la Coutume de Paris; ainſi elle doit être rédigée par écrit [*].

6. Quant aux immeubles fictifs, par la ſeule diſpoſition de la loi, comme le poiſſon qui eſt en étang, les uſtenciles d'hôtel, qui tiennent à fer & à clou, ou ſont ſcellés en plâtre, & mis pour perpétuelle demeure, ſuivant l'art. 99 de la même coutume, il n'en faut point d'autre preuve que l'état de la choſe même; ce qui ſe juge à l'inſpection, par le rapport des experts, ſi on en diſconvient. La qualité des rentes conſtituées, qui ſont meubles ou immeubles, ſuivant les coutumes, ſe régle par le domicile du créancier.

7. Mais ce domicile peut être prouvé par témoins; car cet établiſſement de demeure en certain lieu, n'eſt point un contrat; c'eſt un fait libre qui dépend uniquement

[*] Nous avons vu ci-deſſus, Addit. ſur le ch. 6, n. 2, & aux notes, que les conventions matrimoniales doivent être rédigées par écrit.

de la volonté de celui qui ſe l'eſt choiſi [*], (ainſi qu'il ſera expliqué plus au long dans le Traité du domicile,

[*] La queſtion du domicile eſt très-importante, parce que c'eſt la loi du domicile, qui régle les ſucceſſions mobiliaires, ſuivant ce principe de nos coutumes, *mobilia ſequuntur perſonam*, & que c'eſt encore le domicile qui rend les perſonnes ſujettes aux ſtatuts perſonnels du lieu où elles ſont établies, comme ceux qui concernent la puiſſance paternelle, la tutelle des mineurs, l'âge requis pour teſter, &c. C'eſt pourquoi nous croyons qu'il eſt à propos de fixer en deux mots les principes à ce ſujet, afin que l'on voie comment la preuve s'en doit faire.

Deux choſes, en général, conſtituent le domicile, la volonté & le fait; l'un ſans l'autre ne peut donner un véritable domicile. Ainſi une ſimple déclaration de volonté, même réitérée, contenue dans des actes, pouvant quelquefois être relative à des vues particulieres, plutôt qu'à un deſſein ſincere & formé d'établiſſement de domicile, eſt toujours ſuſpecte, quand elle eſt iſolée, & n'eſt ſoutenue par aucun fait de réſidence. D'un autre côté, le ſeul fait de la demeure n'eſt pas ſuffiſant pour conſtituer le domicile; pouvant ſe faire, comme il arrive ſouvent, qu'il ne ſoit fondé que ſur des raiſons paſſageres, & qu'il ne renferme pas la volonté.

Mais lorſque le domicile a été une fois établi par le concours de la volonté & du fait, *animo & facto*, il peut ſe retenir, ſe conſerver par la ſeule volonté, *animo ſolo*. C'eſt pourquoi une perſonne qui auroit quitté le lieu de ſon domicile pour un long voyage, ou pour aller réſider en un lieu où l'appellent des affaires paſſageres, ou un emploi amovible, quelque longue qu'auroit été ſon abſence, ne perdroit pas ſon véritable domicile; ce qui a lieu, quoique cette perſonne eût emporté avec elle tous ſes effets, & n'ait conſervé aucune demeure dans le lieu de ſon domicile, d'où elle eſt partie. M. Potier, Cout. d'Orl. Intr. génér. ch. 1, §. 1; & comme dit d'Argentré, *Nulla tempora domicilium conſtituunt aliud cogitanti. Sola habitatio incolam non facit, ſed hoc æſtimatione animi accipiendum.*

Il ne faut qu'un inſtant pour changer le domicile, & en établir un nouveau, par la réunion de la volonté avec le fait. *Uno ſolo die conſtituitur domicilium, ſi de voluntate appareat.*

Il arrive ſouvent que le domicile eſt très-difficile à diſtinguer, à défaut d'une intention expreſſe & formelle de la perſonne qui a eu ſa demeure en pluſieurs endroits: or, comme il arrive ſouvent que le fait eſt la ſeule marque de la volonté, on ne peut la chercher qne dans les circonſtances qui accompagnent le fait. Auſſi les loix & les auteurs, d'après elles, ont-ils pris ſoin de nous tracer celles qui peuvent le plus la caractériſer. Le lieu du véritable domicile eſt, diſent-ils, où l'on tient le ſiége de ſa fortune, où l'on conſerve ſes titres & ſes papiers, où l'on a le centre de ſes affaires: *Ubi quis ſedes ac tabulas habet, ubi quis larem rerumque ac fortunarum ſuarum ſummam conſtituit.* C'eſt le lieu qu'on ne quitte que pour quelque cauſe momentanée, d'où, quand on eſt abſent, on dit qu'on eſt en voyage; ou, quand on revient, on dit qu'on eſt de retour. *Undè non ſit diſceſſurus ſi nihil avocet, undè cùm profectus eſt peregrinari videtur, quo ſi rediit, peregrinari jam deſtitit.* C'eſt le lieu où l'on paſſe la plus grande partie de ſa vie, où l'on a ſa femme, ſes parens, ſes amis, ſes habitudes: *Ubi diù commoratus ſit, ubi plurimùm converſatus;* où l'on fait ſes Pâques, où l'on porte les charges publiques, où l'on participe aux honneurs, & aux priviléges de la paroiſſe & de la ville: *Ubi feſtos dies celebrat, ubi omnibus municipii commodis fruitur, ubi ſtipendium ſolverit.* Enfin c'eſt le lieu où l'on contracte, & où l'on ſe dit demeurant dans les actes: *Ubi ſemper agit, vendit, emit, contrahit, ibi magis habere domicilium quam ubi colendi cauſâ diverſatur.* L. 7, Cod. de Incol.

Outre ces principes généraux, il y en a de particuliers. Ainſi on diſtingue deux ſortes de domiciles; le véritable & effectif, qui eſt celui dont nous venons de parler; & le domicile, qu'on appelle de *fiction*. Celui-ci eſt ou de droit, ou d'élection.

que j'eſpere donner quelque jour au public ;) d'où il ſuit qu'on peut prouver par témoins indirectement, quelquefois la nature d'une rente conſtituée, à l'effet de la partager entre les héritiers du créancier, ſuivant les coutumes qui les mettent au rang des meubles ou des immeubles, parce qu'il eſt permis de prouver par témoins le domicile du créancier de cette rente [*].

8. Quant à ce que dit Boiceau, des loges & boutiques que l'on permet de bâtir proche les palais des princes, la loi derniere, D. liv. 43, tit 18, dit que pour ce qui eſt des maiſons appellées *ſuperficiarias*, (c'eſt-à-dire qui ſe peuvent tranſporter, & qui ne ſont point fondées,) elles appartiennent à celui à qui appartient la terre ſur laquelle elles ſont conſtruites. M. Cujas, en ſes Paratitles ſur ce titre, dit que celui-là eſt propriétaire de la ſurface qui a bâti ſur le fonds d'un autre, ſi le propriétaire de ce fonds y a conſenti, moyennant une certaine penſion annuelle ; & cet homme, dit-il, eſt quelque choſe de plus qu'un fermier ; car il a droit dans la choſe, ce qui s'appelle *jus ſuperficiarium* ; & le préteur lui donne l'action qu'il appelle *ſuperficiariam*,

Le domicile de droit eſt celui qui eſt établi de plein droit par la loi, à cauſe de quelque circonſtance qui le fixe néceſſairement dans un lieu. Ainſi les ſeigneurs de fiefs, ou les titulaires d'offices, ou de bénéfices, ont leur domicile de droit dans le principal manoir de leur fief, office, ou bénéfice. Le mineur, quoique de fait il change de demeure, a auſſi un domicile de droit, qui eſt le dernier de ſes pere & mere, c'eſt-à-dire celui qu'ils avoient au tems de leur décès : on l'appelle *domicile d'origine*. Une femme tant qu'elle n'eſt pas ſéparée d'habitation, par jugement, d'avec ſon mari, a auſſi ſon domicile de droit, au lieu du domicile de ſon mari. Enfin tous ceux qui ſont attachés à une réſidence par un titre perpétuel, ſont cenſés domiciliés au lieu de leur emploi, quelque demeure qu'ils aient ailleurs, & quelque caractere qu'ait cette demeure d'être leur habitation principale.

Le domicile d'élection eſt celui qui eſt choiſi par un contrat, ou par un exploit dans le lieu où ledit contrat eſt paſſé, & où ledit exploit eſt fait, quand il n'y auroit pas une demeure réelle, à l'effet de valider la ſignification des actes qui pourroient être faits à ce domicile, relativement à l'exécution du contrat, ou à l'exploit ſignifié.

Il ſuit des principes que nous venons d'établir, que la preuve du domicile ſe peut faire par témoins, ainſi que par écrit. Tout ce qui regarde le fait qui doit, comme nous avons dit, concourir avec la volonté, ſe prouve par témoins, & ne peut même ſe prouver autrement. Ce qui appartient à la volonté ſe prouve ou par des écrits déclaratifs de cette volonté, ou par des faits d'où l'on conjecture la volonté ; & c'eſt encore le cas de la preuve par témoins.

[*] Brodeau ſur Louet, let. R, ſom. 32, rapporte un arrêt du 29 Décembre 1659, entre la dame Deshôtels & le chapitre de Noyon, qui, ſur la queſtion de ſçavoir ſi des rentes, dont le titre originaire ne paroît pas, doivent être cenſées foncieres non-rachetables, ou rentes conſtituées rachetables, a mis les parties hors de cour. Je penſe cependant qu'on devroit plutôt décider pour le rachat, ſuivant la maxime, *In dubio ſemper pro libertate reſpondendum.*

pour ſe maintenir en la poſſeſſion de cette ſurface qu'il a louée, laquelle ſurface ſe peut auſſi acquérir par la ſimple jouiſſance, quand elle ſe fait au vu & au ſçu du propriétaire du fonds ; & en ce cas cette poſſeſſion, qui eſt de fait, ſe peut prouver par témoins : autre choſe eſt, s'ily a une convention ou un bail ; car ils doivent être rapportés par écrit.

9. Pour ce qui regarde la qualité des biens roturiers & nobles, il eſt certain que tous biens ſont réputés roturiers, s'il n'appert qu'ils ſont nobles [*] ; car originairement tous biens étoient roturiers, & c'eſt ce qui fait le fondement de cette préſomption : auſſi les fiefs ne ſont qu'une invention moderne, puiſqu'ils n'ont commencé à être en uſage, (du moins ſi nous en croyons les auteurs, qui ne remontent point plus haut qu'il ne faut,) que depuis le commencement de la monarchie françoiſe, quoiqu'on ne convienne pas préciſément de leur origine.

10. Mais cette déciſion de Boiceau, ſur ce ſujet, doit être priſe avec diſtinction, à cauſe de la diverſité des coutumes ; car il y en a où nulle terre ſans ſeigneur, & où, par conſéquent, toute terre eſt préſumée être en cenſive ; & d'autres, au contraire, où toute terre eſt préſumée libre & en franc-aleu, ſi l'on ne prouve le contraire, comme à Troyes [**] : or il faut ſuivre la préſomption établie par la coutume ; mais cette préſomption n'eſt pas de celles qu'on appelle *juris & de jure* [***] : on peut prouver le con-

[*] Un arrêt du parlement de Rouen, du 26 Mai 1762, a déclaré roturiere une terre poſſédée comme fief, par une abbaye, pendant pluſieurs ſiécles.

Dans cette eſpece, l'abbé juſtifioit que les premieres traces de ce fief remontoient à 1202. Il repréſentoit des aveux donnés au roi du même fief, dès 1139. Il en repréſentoit ſervis à l'abbaye par des vaſſaux depuis 1409 ; enfin il repréſentoit des gagespleiges depuis 1585.

Mais le repréſentant du ſeigneur produiſoit une copie collationnée ſur un Cartulaire dépoſé à l'abbaye, de laquelle il réſultoit que le ſeigneur de la paroiſſe avoit fondé, en 1163, une chapelle ſur ſon domaine ; qu'il l'avoit donnée à deſſervir aux religieux de l'abbaye, & leur avoit donné pour leur ſubſiſtance l'égliſe de la paroiſſe & ſes revenus, une charrue de terre de ſon domaine, la mare de la paroiſſe, & la dîme d'un manoir ; & il diſoit : Cette donation ne parle pas de fief. On ne peut pas dire que le fief ait été donné avant la donation ; il auroit emporté celle de l'égliſe : il n'a pas non plus été donné depuis, puiſque le fief portant le nom de la paroiſſe, eſt actuellement aux mains du ſeigneur temporel ; les chartres de confirmation ne parlent pas non plus de fief : le prétendu fief de l'abbaye eſt donc une uſurpation.

L'abbé répondoit qu'il pouvoit y avoir eu une donation particuliere du fief, & que cela devoit être, puiſque depuis 600 ans l'abbaye jouiſſoit d'un fief ſous les yeux du ſeigneur temporel ; mais les raiſons du ſeigneur prévalurent.

[**] Voyez les principes que poſe, à ce ſujet, Dum. Cout. de Paris, §. 68, n. 6.

[***] Nous avons donné les définitions de ces préſomptions, ci-deſſus, pag. 6.

traire. Mais celui qui l'articule, doit le prouver par écrit, quoiqu'il ne s'agiſſe que de détruire une ſimple préſomtion de droit, parce qu'elle eſt établie par la coutume, qui eſt un contrat public entre les habitans d'une province: ainſi cette préſomption paſſe pour une preuve par écrit, contre laquelle la preuve par témoins n'eſt pas recevable.

11. Une rente n'eſt point auſſi réputée féodale, s'il n'apparoît du titre d'inféodation par le ſeigneur.

12. Le ſeigneur ne peut auſſi exiger aucun droit inſolite ſur le fief de ſon vaſſal, ſoit pour ce qui regarde la preſtation de la foi & hommage, ſoit tout autre droit, qu'il n'ait un titre par écrit; la preuve par témoins n'en ſeroit pas reçue, à cauſe de la faveur de la liberté; ainſi il faut qu'il rapporte le titre originaire par lequel il prétend que les corvées ont été établies, s'il prétend les exiger de ſes ſujets, parce que toute ſervitude doit être fondée ſur un titre, & ne s'établit que par une convention, c'eſt-à-dire par le conſentement réciproque du ſeigneur & du vaſſal. Mais il eſt certain auſſi que s'il y a conteſtation au ſujet de l'uſage concernant un droit féodal, par exemple, ſur une certaine maniere de rendre la foi & hommage, ou ſur le nombre & la qualité des corvées, c'eſt la poſſeſſion qui décide quand elle n'eſt point conteſtée, & que le titre ne paroît point; & ſi elle eſt conteſtée, elle ſe peut prouver par témoins, parce qu'il s'agit de la forme d'une preſtation qui eſt fondée ſur un fait qui établit la poſſeſſion [*].

13. Pour ce qui eſt de la conceſſion ou inveſtiture d'un fief, elle ſe fait par écrit; mais comme les premieres inveſtitures ſont très-anciennes, & qu'elles ſe ſont perdues dans la ſuite des tems, on ſupplée à leur défaut par les aveux & dénombremens, & autres titres qui font foi, & jamais par la preuve par témoins, parce que, comme il a été dit, cette inveſtiture eſt une conceſſion & une convention qui ne ſe peut prouver que par écrit; mais s'il y a commencement de preuve par écrit, qui ne ſoit pas ſuffiſante, on peut admettre la preuve par témoins pour juſ-

[*] L'auteur du Nouveau comm. de la Rochelle ſoutient, Tome I, pag. 24, n. 77; & *ibid.* pag. 41, n. 155, d'après Guyot, que la preuve de la poſſeſſion du droit de bannalité & de corvées doit ſe faire par des actes poſſeſſoires légitimes, tels que ſont des proclamations ou affiches publiques, des demandes contre les réfractaires, des jugemens obtenus contr'eux, des déclarations fournies par les tenanciers, des baux de la terre où le droit ſoit énoncé, des papiers de recette, des procès-verbaux de ſaiſie, &c.

tifier que la terre a toujours été poſſédée comme un fief.

14. Ainſi pour les dixmes inféodées, comme il a été obſervé, on n'eſt plus obligé de rapporter le titre d'inféodation, mais de l'articuler & ſoutenir que l'on eſt en poſſeſſion immémoriale de les percevoir; ce que l'on juſtifie par des baux, &c.

15. Il en eſt de même de l'union des bénéfices, faite avant le concile de Conſtance, en 1554, ainſi qu'il a été auſſi remarqué. Il eſt conſtant auſſi, comme a remarqué Vrevin ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, chapitre 11, que les quittances de lods & ventes, les actes de priſe de ſaiſie, d'inveſtiture, & autres de juſtice domaniale, doivent être rédigés par écrit. Il en rapporte un arrêt de 1588, à la prononciation de Noël, & cite Matthæus, *de Afflicto*, déciſ. 243, 253, & 398.

16. Boiceau a oublié de diſtinguer en cet endroit le franc-aleu qui ſe partage noblement, & celui qui ſe partage roturierement: la coutume de Paris les a diſtingués dans l'article 68, & dit qu'il doit y avoir juſtice, fief, ou cenſive annexée au franc-aleu, pour être partagé noblement: or la qualité de Franc-aleu, dans les coutumes de franc-aleu, eſt une qualité naturelle à l'héritage; ainſi c'eſt à celui qui la conteſte à prouver le contraire. Mais on peut demander s'il peut le faire par témoins, & il ſemble que non; car pour prouver qu'il eſt tenu en cenſive, il faut qu'il prouve que cet héritage eſt chargé de cette cenſive: or cela ne s'eſt pu faire que par un bail à cens, qui doit être rédigé par écrit, ou par le livre cenſier dans lequel cette cenſive eſt compriſe & acquittée en marge par les poſſeſſeurs; & ainſi elle ne peut être prouvée que par écrit, attendu que la préſomption eſt, au contraire, dans ces coutumes, comme il a été dit, & que cette préſomption tient lieu de preuve par écrit du franc-aleu.

17. Que s'il s'agit de prouver la quotité de la cenſive à laquelle eſt ſujet un certain héritage, cela ſe peut prouver par témoins [*], auſſi-bien que le fait par lequel on

[*] Il y a d'autres moyens que la preuve par témoins pour faire ces ſortes de preuves de la part du ſeigneur: la quotité de la cenſive à laquelle eſt ſujet un certain héritage, peut ſe prouver par les reconnoiſſances de ſes cenſitaires, chaque nouveau cenſitaire étant obligé de donner à ſon ſeigneur, par acte devant notaires, une reconnoiſſance cenſuelle, c'eſt-à-dire une deſcription détaillée de l'héritage tenu à cens, par nouveaux tenans & aboutiſſans, & des charges aux-

articule qu'un certain héritage enclos dans un territoire circonscrit & limité, est sujet à la censive du seigneur de ce territoire, parce que dans ces deux cas, il s'agit plutôt de prouver un fait, qui est la possession, que de prouver le titre de propriété de la censive.

18. A l'égard de la nouvelle investiture des fiefs, il est constant que dans l'ancien usage des fiefs, la preuve s'en faisoit par témoins ; & ces témoins étoient les pairs des fiefs, ou covassaux relevans du même seigneur, lesquels étoient, par cette raison, tenus d'assister à cette investiture, ainsi que les pairs de France, qui ont été érigés à leur imitation, sont encore tenus d'assister au sacre & au couronnement de nos rois ; & quand il y avoit contestation entre le seigneur du fief & le vassal, au sujet de cette investiture, on avoit recours aussi à leur témoignage, quoiqu'ils ne fussent plus covassaux du même seigneur lors de la contestation. M. Cujas observe qu'il falloit que cette investiture se fît devant deux pairs, ou covassaux ; & sur le tit. 2, l. 2, *de Investiturâ feudi*, dans lequel il s'agit de sçavoir de quelle maniere, quand le titre d'investiture a été perdu, ou lorsqu'il n'en a point été fait, il faut prouver qu'il y a eu une investiture de fief, il décide que le vassal doit prouver l'investiture qu'il prétend lui avoir été faite, par un acte public & authentique, ou par le témoignage des pairs de cour, ou covassaux, ou s'ils jurent qu'ils ne s'en souviennent point, par le témoignage de deux autres personnes étrangeres ; & si le vassal ne peut faire cette preuve, en ce cas, le seigneur jure avec douze autres personnes, qu'il n'a point donné cette investiture du fief à celui qui se prétend son vassal ; ou il s'en rapporte au serment de

Loyseau, des Seigneuries, ch. 5, n. 6. *Quid enim peccavit qui investituram accepit, si illi quos eo tempore, utpotè idoneos adhibuit postea pares esse deserint, T. 19, de Feud. l. 21. Ibid. eod. Tit. Igitur domino possidente, si quis investitum se de feudo dicat, adversùs dominum experiatur, probare debet investituram per publicum instrumentum, vel per pares vel, certè his deficientibus aut jurantibus se rei gestæ non meminisse aut jurare nolen-*

quelles il est sujet envers le seigneur. C'est à ces reconnoissances qu'on doit recourir pour prouver la quotité de la censive ; & le seigneur ne peut imputer qu'à sa négligence si elles n'ont pas été fournies. La preuve par témoins ne pourroit être admise que dans le cas où il s'agiroit de prouver une prestation faite depuis trente ans, pour en induire la prescription. De la part du censitaire, on peut produire ces reconnoissances, ou des quittances de payement des droits censiers.

Pour ce qui est du fait par lequel on articule qu'un certain héritage enclos dans un territoire circonscrit & limité, est sujet à la censive du seigneur de ce territoire, on sçait que, dans ce cas, il faut distinguer ; ou bien le territoire est situé dans une coutume où a lieu la maxime, *Nulle terre sans seigneur*, & alors l'héritage enclavé est présumé sujet, quoiqu'aucun titre ne le prouve ; ou bien, au contraire, la coutume dominante est de celles qui n'admettent *nulle seigneurie sans titre ;* & alors l'enclave ne prouve rien contre la liberté de l'héritage, s'il n'y a pas un titre précis.

ce vaſſal ; & s'il ne veut pas l'accepter, le ſeigneur eſt ſur le champ déchargé de ſa prétention.

Me Charles Dumoulin, des Fiefs, §. 43, gloſſ. 1, n. 66, dit auſſi que, dans le cas de la commiſe du fief, le ſeigneur n'a pas beſoin du témoignage de cinq témoins pour prouver l'ingratitude de ſon vaſſal, comme il eſt requis dans le livre des Fiefs, mais que deux témoins ſuffiſent.

19. Mais cette preuve par témoins eſt abolie à cet égard. Pontanus, ſur l'article 54 de la Coutume de Blois, l'a obſervé, n'y ayant plus de ſeigneur de fief, en France, qui ait des pairs, ſi ce n'eſt le roi : *Alia igitur forma introducta eſt, ut ſcilicèt præſtetur fidelitas in præſentiâ notarii unius adhibitis teſtibus, aut citrà præſentiam teſtium, vocatis duobus notariis.* L'uſage eſt donc, à préſent, que l'acte de foi & hommage ſoit reçu par-devant notaires ; ce qui s'entend non-ſeulement de celui qu'on peut appeller un renouvellement de foi par chaque nouveau vaſſal, mais du premier ſerment de fidélité que prête le vaſſal au ſeigneur, lorſque le ſeigneur l'inveſtit du fief. Pontanus paſſe plus avant au même endroit ; car il ajoûte que cette maniere de prouver l'inveſtiture par un acte par écrit, eſt de l'eſſence de l'inveſtiture même, en telle ſorte que quand on pourroit la prouver autrement, elle ſeroit nulle ; & c'eſt avec raiſon, dit-il, que l'on a préféré en cette occaſion la preuve par écrit à celle par témoins, qui eſt ſouvent ſuſpecte ; d'où il conclut que s'il n'y a point d'acte par écrit, l'inveſtiture eſt toujours déclarée nulle, ou du moins n'eſt pas fort ſûre, à cauſe de ce défaut en la forme ; car il pourroit y avoir telles circonſtances, où, ſans acte par écrit, la preuve de cette inveſtiture ſeroit admiſe par témoins.

20. Au reſte, on ne peut oppoſer à ce qui vient d'être obſervé ; ce que Me Charles Dumoulin, tit. 1 des Fiefs, §. 1, nomb. 42, dit que l'inveſtiture n'eſt pas néceſſaire pour ériger une terre en fief, & qu'il ſuffit de quelque choſe qui équipolle. Par exemple, dit-il, *ſi dominus alicui coràm paribus curiæ dixerit, Vade in poſſeſſionem illius fundi, & teneas illum pro feudo, licèt enim non interceſſerit inveſtitura, tamèn perindè feudum verum & rectum conſtituitur, ac ſi interveniſſet* ; ce qui ſe doit entendre de l'ancien uſage

tibus, per extraneos. Quia perſonam & vicem parium repræſentant & his ſubſtituti videntur. Vaſſallo autem non probante, dominus jurat cum duodecim ſe inveſtituram non feciſſe. Aut refert jusjurandum actori qui ſi fortè relationem ſuſcipere nolit, protinùs dominus abſolvitur. Etiamſi de ablatione re ipſâ factâ aliis legitimis probationibus conſteret ; & plus bas : Quarè cenſerem hunc probandæ inveſtituræ modum eſſe ex illius ſubſtantiâ.

obſervé dans les fiefs, lequel eſt abrogé parmi nous; & il eſt même de l'intérêt du ſeigneur d'avoir un acte d'inveſtiture qui aſſure ſa qualité de ſeigneur, & en vertu duquel il puiſſe exiger les droits honorifiques & utiles qui lui ſont dûs.

21. C'eſt pourquoi, ſuivant la diſpoſition de nos coutumes & de l'uſage, quoiqu'on ne ſoit pas obligé de rapporter la premiere inveſtiture du fief, parce qu'elles ſont trop anciennes, & perdues pour la plûpart, néanmoins le ſeigneur & le vaſſal, ſuivant l'article 44 de la Coutume de Paris, ſont tenus également de ſe juſtifier l'un à l'autre leur qualité de Seigneur & de Vaſſal, par aveux & dénombremens, & autres titres par écrit, qui prouvent leur poſſeſſion & leur qualité, la preuve par témoins n'eſt pas reçue en ce cas, ſuivant la Coutume, qui exige des titres par écrit, auſſi cette poſſeſſion eſt toujours établie ſur des titres, puiſqu'à chaque mutation de poſſeſſion on renouvelle des actes de foi & hommage, & l'on donne des aveux & dénombremens.

22. A l'égard des biens roturiers acquis par le pere de famille en la cenſive du fief dont il eſt ſeigneur, leſquels ſont cenſés réunis de plein droit audit fief, il doit déclarer par écrit qu'il veut les tenir ſéparément, & en roture; autrement la preuve par témoins du contraire ne ſeroit pas reçue, parce que cette réunion ſe fait de plein droit: ainſi il faut un acte par écrit pour l'empêcher, & par lequel on puiſſe prouver que telle a été la volonté du pere de famille [*].

[*] L'art. 53 de la Coutume de Paris porte expreſſément cette réunion: « Si » par exprès, dit-elle, le ſeigneur ne » déclare qu'il veut que les héritages de» meurent en roture. » La Cout. d'Orléans, art. 20, veut que cette déclaration ſe faſſe par le *contrat d'acquiſition*; d'où l'on peut conclure, 1° avec Tronçon, ſur cet article de la Cout. de Paris, & avec Brodeau, lettre F, que ſi la déclaration étoit faite *ex intervallo*, *& non incontinenti*, elle ſeroit de nul effet; 2° qu'elle doit être faite par écrit; ce qui a lieu, de quelque maniere qu'il ait fait cette acquiſition, ſoit par vente, ſoit à titre de legs, ſoit à titre de ſucceſſion. Dans le cas du legs, il doit faire cette déclaration par l'acte qui le ſaiſira de ſon legs. (Pot. ſur led. art. 20 de la Coutume d'Orléans.) Si c'eſt à titre de vente, il la doit faire par le contrat même d'acquiſition, comme porte la Coutume d'Orléans, à moins que lors du contrat il n'ait pu ni dû ſçavoir que l'héritage étoit mouvant de ſa cenſive; pour lors la déclaration pourroit ſe faire depuis, auſſitôt que cela ſeroit venu à ſa connoiſſance. Mais elle doit toujours être faite par écrit; car cette réunion eſt fondée ſur une préſomption de droit écrite dans la Coutume même, & ne peut, par conſéquent, être détruite que par un acte

23. Mais pour ce qui eſt des héritages roturiers qui n'étoient pas dans l'étendue de la cenſive de celui qui les a acquis, mais qui étoient proches de ſon fief, Dumoulin, des Fiefs, §. 1, nomb. 20, dit qu'à la vérité ces héritages roturiers, ainſi acquis, ne ſont qu'un ſeul & même fonds avec ce fief auquel ils ſont unis, en tant que ce fief eſt regardé ſimplement comme un fonds qui compoſe partie du patrimoine de celui qui les a acquis; de telle ſorte que s'il diſpoſe de ce fief par vente, donation, legs ou autrement, ces héritages roturiers qui y ſont réunis, y ſeront compris. Néanmoins, dit-il, ils ne ſont pas unis au fief, conſidérés en qualité de fief, parce qu'ils ne lui ont pas été réunis par rapport à cette qualité féodale; même ils n'ont rien de commun avec ce fief, en ce qui concerne cette qualité. Mais ils en ſont entiérement diſtincts & ſéparés, & ne ſeroient pas compris dans la diſpoſition que le ſeigneur feroit de ce fief, en qualité de fief & de bien féodal; car, ajoûte-t-il; ce qui eſt ajoûté à un fief par le fait & la deſtination de l'homme, eſt d'une condition toute différente de ce fief: il faut en prendre poſſeſſion ſéparément; on ne peut le preſcrire que ſéparément; &, par conſéquent, avant d'être réputé féodal, & de compoſer une portion de ce fief, il faut une inféodation ſpéciale qui le réuniſſe à ce fief.

24. De cette doctrine de Me Charles Dumoulin, naît une queſtion, ſçavoir ſi, après cette deſtination du pere de famille, qui a acquis des rotures près de ſon fief, & qui les a poſſédées conjointement avec ce fief, il vient à faire une donation de cette terre ſans exprimer le mot de fief, il eſt cenſé avoir auſſi donné ces héritages en rotures par lui acquiſes auprès de ſon fief? Dumoulin, *ibid. num.* 16, dit que pour préſumer cette deſtination, ou réunion, il ne ſuffit pas que le propriétaire du fief les ait acquis & baillés à ferme à un même fermier; car il peut les avoir acquis auprès de ſon fief, & n'en avoir fait qu'un même bail, à cauſe de la commodité de l'exploitation pendant ce bail-

par écrit. Il faut dire la même choſe dans le cas où le ſeigneur ſeroit devenu propriétaire à titre de ſucceſſion, quoiqu'on ne puiſſe pas fixer préciſément le tems dans lequel il aura pu avoir connoiſſance que cet héritage ſe trouve dans la ſucceſſion, & qu'il eſt mouvant de ſa cenſive; néanmoins ce tems doit être court, & la déclaration doit être faite par écrit.

là seulement ; & on ne peut pas conclure de-là, qu'il l'ait fait par nécessité, pour suppléer & achever ce qui manquoit à son fief ; car pour établir cette réunion, il ne suffit pas, dit-il, d'une simple possession en commun, & du même tems de ces rotures & de ce fief, comme il paroît par la loi *Seia, D. ff. de Fundo instructo legato :* par conséquent, ajoûte Dumoulin, il faut qu'il paroisse par quelqu'autre fait que le fonds nouvellement acquis, l'a été dans ce dessein d'en faire une augmentation & une dépendance du même fief.

Or, supposé que l'on alléguât, en pareille espece, des faits suffisans pour prouver cette destination du pere de famille, il semble qu'ils pourroient être prouvés par témoins, parce qu'il ne s'agit point d'aucune convention, mais seulement de prouver quelle a été la volonté du pere de famille, qui, de son propre mouvement & de sa seule autorité, sans qu'il fût besoin du consentement de personne, a pu réunir à son fief tout ce qu'il a acquis aux environs, & n'en faire qu'un même fief, parce qu'il ne s'agit en cela que de son intérêt particulier ; & ce n'est point l'effet d'une convention : par conséquent ce fait n'est pas compris, ce semble, dans l'ordonnance.

Néanmoins Dumoulin, (comme il vient d'être dit,) requiert un acte, ou un fait particulier, qui marque évidemment cette destination, à l'effet d'en faire un même fief : il demande même une inféodation spéciale à cet effet ; & ainsi, suivant son sentiment, il faut conclure que la preuve par témoins ne suffiroit pas : la raison est que pour faire changer de nature à une chose, & d'une roture en faire un fief, il faut que cela se fasse par quelque acte authentique qui en fasse foi, afin que ce changement de qualité soit certain & public, & que personne n'y puisse être trompé, à cause de l'intérêt qu'un tiers peut y avoir, suivant les occasions, comme le seigneur suzerain.

Art. 216 de la Coutume de Paris, & 93.

25. Il faut aussi remarquer qu'à l'égard de toute autre sorte de destination du pere de famille, soit pour établir une servitude, ou pour faire qu'une somme donnée en dot à une fille, lui demeure propre, ou qu'un immeuble à elle donné, soit ameubli, & autres semblables, elle doit être établie & fondée sur des actes précis & rédigés par écrit,

& que, quelques fortes préſomptions qu'on allégue pour obtenir la preuve par témoins, quoiqu'il y allât de l'intérêt du mineur, elle ne peut être écoutée contre la diſpoſition de la Coutume, qui veut un titre pour les ſervitudes, & qui définit ce que c'eſt que meuble, & ce que c'eſt qu'immeuble, dont on ne peut changer la nature que par des actes authentiques; outre que ces fictions étant établies ſur des conventions, ce ſeroit contrevenir à l'ordonnance de Moulins d'en permettre la preuve par témoins.

26. Pour revenir à ce que dit Boiceau des fiefs, il obſerve que pour prouver qu'un château eſt un fief, quoiqu'il n'y en ait point de titre par écrit, on peut le prouver par témoins, ſi ce château a toutes les marques de fief qu'il rapporte; & il avoue que cette queſtion eſt rare: ainſi il eſt inutile de s'y arrêter; mais cette queſtion a beaucoup de connexité avec deux autres, qui ſont bien plus fréquentes dans l'uſage, &, par conſéquent, plus utiles; la premiere, ſçavoir, en général, ſi les inſcriptions & monumens publics font preuve en juſtice, ou du moins s'ils peuvent tenir lieu de commencement de preuve par écrit, à l'effet de faire admettre la preuve par témoins, ſuivant l'ordonnance.

La ſeconde queſtion, au ſujet du droit de patronage, ſçavoir ſi, quand il n'y a point de titre, mais des marques anciennes, & des ſignes muets & inſenſibles, comme des tombeaux, des armes aux vitres de l'égliſe, ſur les cloches, ſur les fonts baptiſmaux, ſur les murs & endroits principaux de l'égliſe, & autres ſemblables, cela ſuffit pour faire preuve qu'un particulier eſt fondateur, ou patron de cette égliſe, ou haut-juſticier, & ſi, en ce cas du moins, la preuve par témoins ſeroit permiſe?

27. Quant à la premiere queſtion, ſçavoir ſi les inſcriptions & monumens publics font preuve en juſtice; la loi *Monumentum* 6, au Code, dit que ſi, ſur un ſépulcre il y a une inſcription, de laquelle on puiſſe inférer qu'il ſera permis aux affranchis de la famille du défunt qui l'a fait conſtruire, de s'y faire enterrer, néanmoins cette inſcription ne leur donne point droit de ſépulture, s'ils n'ont acquis ce droit par une longue preſcription, c'eſt-à-dire, parce qu'ils ſont en poſſeſſion de ce droit depuis long-

Monumentorum inſcriptiones neque ſepulchrorum jura, neque dominium loci puri ad libertos transferent; præſcriptio autem longi temporis, ſi juſtam cauſam initio habuit, vobis proficiet.

tems, ſuivant la premiere interprétation que Balde donne à cette loi, d'où on conclut que les inſcriptions ne font donc point preuve en juſtice.

28. Péréſius, ſur cette loi, dit qu'à la vérité ces ſortes d'inſcriptions rendent une choſe certaine & notoire, mais que néanmoins elles ne font pas une pleine foi, & qu'il faut y joindre la poſſeſſion.

29. En effet, ſuivant la loi 42, D. l. 11, T. 7, on appelle *Monumentum*, en général, *res memoriæ cauſâ in poſterùm prodita*; & il ſemble que tout le fruit que peut tirer de ces ſortes d'inſcriptions celui qui les fait faire, n'eſt que de conſerver ſon nom à la poſtérité, ſuivant la loi 2, *D. de operib. publ.* & c'eſt pour cela que cette même loi ajoûte qu'on ne doit pas inſcrire le nom d'un autre ſur un ouvrage public, au préjudice de celui qui l'a fait conſtruire par pure libéralité.

Qui liberalitate, non neceſſitate debuit ceteros ſuos interim ad opera facienda conceſſit munificentiæ ſuæ fructum de inſcriptione nominis ſui operibus ſi qua fecerit, capere per invidiam non prohibetur.

30. C'eſt le ſentiment de Mathæus, *de Probat. cap.* 2, *n.* 36, ſur la loi 6, au Code ci-deſſus citée, qui dit néanmoins que les inſcriptions font preuve quand elles ne font point de préjudice à un tiers, & qu'autrement ce ne ſont que des adminicules, des conjectures & des indices, ſuivant l'eſprit de cette même loi; & il cite Ant. Faber, C. *de Probat. l.* 4, *tit.* 14, *def.* 47, pour ſon avis; mais il ajoûte une exception conſidérable.

31. Si ce n'eſt, dit-il, que cette inſcription ait été gravée par l'ordre du magiſtrat pour perpétuelle mémoire, dont il rapporte des exemples; & même, en ce cas, ces ſortes d'inſcriptions publiques ne font pas toujours preuve, parce qu'elles peuvent être fauſſes, auſſi-bien qu'un contrat, quoique ce contrat ſoit en forme authentique.

32. Il en rapporte un exemple illuſtre dans l'antiquité, au ſujet d'une inſcription que les Lacédémoniens avoient fait graver ſur le trépied de l'oracle de Delphes, par laquelle ils s'attribuoient tout l'honneur de la victoire remportée ſur les Perſes, dans la bataille de Platée; ce qui ayant excité la jalouſie de toute la Gréce contre eux, ils furent cités devant les Amphyctions, qui étoit le tribunal ſouverain de tous les peuples de la Gréce, & y furent condamnés de faire rayer cette inſcription, & d'ajoûter les noms des peuples de la Gréce, qui leur avoient fourni

des troupes pour leur aider à remporter cette victoire.

33. On peut rapporter à ce ſujet les trois titres 14, 15 & 16 du Code, l. 2, par leſquels il eſt défendu à qui que ce ſoit de mettre ſur ſon héritage, (quand cet héritage eſt en conteſtation & litigieux,) des titres, ou les noms de ceux qui ſont élevés en dignité au-deſſus de nous, ou même de celui du prince, ou de quelqu'autre que ce ſoit, ſoient inſcrits. Mathæus, *de Probat. cap.* 2, *num.* 42, explique ce que la loi entend, en cet endroit, par ces mots: *Tituli nihil aliud*, dit-il, *quam inſcriptæ quædam tabulæ cum velis purpureis;* ce qui s'entend *de titulis principum*, qu'il étoit défendu de mettre ſur ſes héritages, à peine de confiſcation; car, quand quelques héritages avoient été confiſqués, on y appoſoit le nom du prince; & en ce cas, parce que cela ſe faiſoit par autorité du juge, & en connoiſſance de cauſe, ces inſcriptions faiſoient foi comme un titre authentique, ainſi que le prouve le même Mathæus, *eod. cap. n.* 7.

Quod plerumque facunt poſſeſſores vel diſſidentia ca-ſæ ſuæ, vel adverſarii perterrefaciendi aut ſubmovendi gratiâ dum ità ſolitè quodammodò negant ſuum eſſe prædium, & aſſerunt ejus eſſe, quem titulus commendat. D. M. Cujas, *in Paratit. C.* ſur le T. 14.

34. Il eſt certain que de tout tems les inſcriptions & monumens publics ont fait foi chez les Grecs & chez les Romains: ainſi on écrivoit les noms des proſcrits ſur des monumens de pierre, *pilæ*, auſſi-bien que les traités d'alliance en Gréce, pour en conſerver la mémoire à la poſtérité.

35. Suivant nos mœurs, les inſcriptions qui ne ſont point faites par autorité publique, mais par l'ordre d'un particulier, ne font pas plus de foi qu'une écriture pure privée, parce qu'en un mot ce n'eſt pas l'antiquité qui rend une inſcription plus authentique, parce qu'elle peut être fauſſe dans ſon énonciation, & ne devient pas plus véritable par la ſucceſſion des tems.

36. Mais on ne peut nier qu'elle ne faſſe foi contre celui par l'ordre duquel elle eſt faite, comme s'il s'agit d'une redevance, ou preſtation annuelle, à laquelle il paroît qu'il s'eſt obligé par cette inſcription envers une certaine fabrique, pour la rétribution des ſervices qu'il a fondés pour le repos de ſon ame ou de ſes proches; car, en ce cas, cette reconnoiſſance étant inſcrite ſur ſon épitaphe, fait foi contre ſes ſucceſſeurs.

37. A l'égard d'un tiers, cette énonciation dans un mo-

nument privé & antique, peut être un commencement de preuve par écrit d'un droit honorifique ou utile, en vertu de laquelle il pourroit demander à faire preuve de la poſſeſſion en laquelle il eſt de ce même droit, comme il ſera prouvé dans la queſtion ſuivante, en traitant du droit de patronage & des droits honorifiques.

38. A l'égard de la ſeconde queſtion touchant les droits de patronage. Loyſeau, des Seigneuries, chapitre 11 des Droits ſeigneuriaux, cite l'opinion de d'Argentré, qui dans ſon conſeil dernier, après avoir prouvé que les honneurs de l'égliſe n'appartiennent qu'au patron [*], ſuppoſé qu'il ſe les ſoit réſervés en fondant l'égliſe, rapporte l'ordonnance de 1539, article 13, par François I, pour la Bretagne ſeulement, qui dit *que nul ne pourra prétendre droit de patronage, s'il n'en peut promptement informer par lettres & titres de fondations, ou par ſentence & jugement donnés avec connoiſſance de cauſe, & avec partie légitime.*

39. Il ajoûte, nomb. 29, que comme les fondations des égliſes ſont anciennes, & qu'il eſt mal-aiſé d'en avoir conſervé les titres, la poſſeſſion paiſible y eſt de grand poids, & remarque qu'il ſe trouve quelquefois qu'une perſonne jouit paiſiblement des honneurs de l'égliſe, & qu'il ne s'enſuit pas pour cela qu'il ſoit en poſſeſſion des droits, en qualité de patron; car il ſe peut faire qu'il en jouiſſe par droit de bienſéance, par uſurpation.

40. Enfin il ajoute que la marque univoque & certaine, qui dénote la poſſeſſion certaine du droit de patronage, eſt, quand on eſt en bonne poſſeſſion de préſenter à la cure de la paroiſſe [**], laquelle marque ceſſante, nul ne ſe peut

[*] Suivant le droit général, il y a deux cauſes productives des droits honorifiques, *beneficentia & poteſtas publica.* Ainſi, non ſeulement le patron, mais encore le haut-juſticier du ſol de l'égliſe peut prétendre aux droits honorifiques dans cette égliſe, au pain bénit, à l'encens, aux prieres nominales, &c. & à la litre funébre que le patron peut faire mettre ſeulement en dedans de l'égliſe, & le haut-juſticier en dedans & en dehors; mais ſa litre en dedans eſt au-deſſous de celle du patron. Il y a cependant deux Coutumes, celles de Normandie & de Bretagne, qui paroiſſent accorder les honneurs aux patrons, privativement à tout autre. Celles de Tours & de Lodunois accordent ces honneurs au patron, & au ſeigneur haut-juſticier *dominant*, au préjudice du haut-juſticier *du ſol*; mais elles ſont locales.

[**] Cette maxime, vraie en elle-même, & ſuivie par tous les auteurs, ne doit s'appliquer qu'aux laïcs, qui régulierement ne peuvent préſenter à la cure, s'ils ne ſont patrons; mais les eccléſiaſtiques ſouvent preſentent à la cure, parce qu'eux-mêmes la deſſervoient autrefois, & que, par l'ordonnance de 1629, les cures ont été déſunies des communautés eccléſiaſ-

dire patron, quand même il juſtifieroit qu'il a joui des honneurs de l'égliſe par un tems immémorial, parce que ces honneurs & préſéances ſont préſumés conſiſter plutôt en pure faculté & civilité, qu'en un droit établi [*]; & c'eſt ainſi, dit-il, qu'il faut entendre cette ordonnance pour la Bretagne, en ce qu'elle exclut la preuve de la poſſeſſion.

41. Num. 81, il dit qu'à l'égard de la fondation des chapelles, elle peut être non-ſeulement prouvée par titres, mais auſſi par une poſſeſſion publique & continuelle d'empêcher les étrangers d'y entrer, principalement ſi cette poſſeſſion eſt ſoutenue par des ſignes viſibles de fondation, comme d'armoiries aux voûtes du portail, au maître-autel de la chapelle, & autres endroits.

42. Mareſchal, en ſon Traité des droits honorifiques, chapitre 1, prouve par la Chartre de Philippe Auguſte, inſérée à la fin de la Coutume de Normandie, que la poſſeſſion du droit de patronage ſe doit prouver par témoins, ſçavoir, quatre prêtres & quatre chevaliers; mais il ne s'enſuit pas, dit-il, de cette chartre, ni de l'ordonnance de 1539, ci-deſſus citée, que l'on ſoit recevable à prouver par témoins les droits de patronage & honorifiques; car cette ordonnance de 1539 demande expreſſément la preuve littérale; & la déclaration ſur icelle, du 24 Septembre de la même année, n'admet la preuve vocale que pour le paſſé.

43. Il eſt vrai, ajoûte Mareſchal, que, par arrêt de la chambre de l'édit, à Paris, du 13 Mars 1613, il fut jugé que la preuve vocale ſeroit reçue pour aide & confirma-

-tiques, & des bénéfices qui ont retenu le titre de Curés primitifs. Sous ce point de vue ils ſont non *collateurs*, mais *déléguants* à la cure. Ainſi, par rapport aux eccléſiaſtiques titulaires, ou communautés, la collation de la cure n'eſt pas toujours la marque du patronage: il faut qu'ils prouvent qu'ils ſont fondateurs de l'égliſe; autrement les arrêts leur ôtent les droits honorifiques, ſans préjudice de leurs droits de préſentation à la cure. Guyot, Obſerv. ſur le droit des patr. & ſeign. aux honneurs dans l'égliſe, chapitre 2, n. 3.

[*] Il peut cependant arriver que quelqu'un ſoit véritablement patron, &, par conſéquent, ait aux honneurs de l'égliſe un droit réel, & non pas ſeulement de pure faculté & civilité, quoiqu'il ne nomme pas à la cure, mais ait ſeulement les honneurs & préſéances; ce qui a lieu à l'égard de ceux qui ont aumôné le patronage à l'égliſe, qu'on appelle *patrons honoraires*, & qui jouiſſent des droits honorifiques. Mais, dans ce cas, pour prouver le patronage, il ne ſuffit pas de faire voir cette jouiſſance des droits honorifiques; il faut encore prouver par titres, qu'on a aumôné le patronage.

tion de la littérale, & des marques visibles du droit de patronage; ce qui, dit-il, se peut soutenir par l'autorité de Balde, *ad l. Certi conditio*, §. *Quoniam de reb. cred.* & d'Alexandre, l. 4, conseil 48, & l. 7, cons. 173; où ils tiennent que si la loi défend la preuve par témoins, elle est censée ne la pas défendre, quand elle sert à fortifier celle qui est par écrit; ce qui est conforme à l'ordonnance de 1667.

Si statutum prohibeat probationem per testes, non videtur prohibere eam quæ fieri potest per testes ad confirmationem instrumentorum.

44. Dans les Mémoires du clergé, Tome I, tit. 2, ch. 7, art. 5, il y a un arrêt qui a jugé que pour prouver que l'on est patron d'une église, ce n'est pas assez de montrer que les armes de sa famille sont gravées sur les cloches de l'église, il faut avoir un titre [*].

45. Néanmoins comme les titres originaires ne se peuvent souvent rapporter, comme dit Loyseau; en ce cas, il faut articuler la possession des droits de patron, avec les marques extérieures ci-dessus exprimées; & la meilleure est, quand on peut justifier que les ancêtres de la famille de celui qui soutient être patron, ont été inhumés dans le chœur de l'église, parce que ce privilége n'est accordé d'ordinaire qu'au patron; & cette possession, qui est de fait, se peut prouver par témoins, ou par un procès-verbal de descente sur les lieux.

[*] L'arrêt du 14 Juillet 1714, entre le sieur de Beaurains & le sieur Bon-l'Allard, rapporté fort au long, & avec toutes ses circonstances, par Guyot, *loco cit.* a jugé que même la qualité de fondateur, gravée sur des cloches, n'étoit pas une preuve suffisante du droit de patronage; car, comme disoit fort judicieusement Danty, un peu plus haut, les inscriptions qui ne sont pas faites par autorité publique, mais par l'ordre d'un particulier, ne font pas plus de foi qu'une écriture pure privée, qui peut être fausse dans son énonciation. Les armoiries & sépultures ne prouvent nullement que l'on soit fondateur, ou dotateur d'une église ou chapelle. Un gentilhomme & un simple habitant peut, sans avoir droit de chapelle, faire mettre ses armes en quelqu'endroit d'une chapelle, ou dans les vitres, par dévotion, ou pour quelque leger bienfait accordé à ladite chapelle, comme pour avoir fait présent d'un tableau où il auroit appose ses armes, pour avoir donné les vitres, &c. En 1473, un seigneur du fief Mauger, obtint la permission de mettre litres & armoiries sur les tombeaux de ses pere & mere enterrés dans ladite église, sans toutefois que pour cela il pût en induire être fondateur de l'église.

De tout ceci il faut conclure que jamais la preuve par témoins ne peut être admise en cette matiere. En effet, les droits honorifiques n'étant pas une preuve du patronage, quand ils sont isolés & sans titres, il seroit inutile de vouloir prouver par témoins la possession de ces droits. Le droit de nomination à la cure est le seul qui puisse, à défaut de titres, & pour les laïcs seulement, servir de preuve du patronage; mais la possession de ce droit peut se prouver par des actes; par conséquent, elle doit se prouver de la sorte, & ne peut se prouver autrement; car il faut joujours exclure la preuve par témoins lorsqu'on peut en avoir une autre.

46. M. Dolive, liv. 1, chap. 3, parlant du droit de conférer le bénéfice qui appartient au patron, rapporte un arrêt du 11 Mars 1632, qui a jugé que les héritiers d'un fondateur se trouvant en possession du patronage, y devoient être maintenus, quoiqu'ils ne rapportassent pas le titre de la fondation; ce qui est décidé aussi de même dans les Loix de Corbin, article 96.

47. Le même Dolive, liv. 2, chapitre 11, rapporte un arrêt qui a jugé qu'un haut-justicier, articulant la possession des litres & ceintures funébres, doit être admis à la preuve par témoins [*].

48. Mais les bas & moyens justiciers, qui ne peuvent jouir des droits honorifiques, ni se les attribuer par quelque possession que ce soit, ne pourroient par conséquent demander à faire cette preuve, parce qu'elle leur seroit inutile. Henrys, plaid. 16, en rapporte un arrêt du 18 Juillet 1630.

49. Quant à la qualité de Nobles & de Roturiers, dont traite Boiceau, sur la fin de ce chapitre, il est vrai que la noblesse est une qualité étrangere à l'homme, (dit Balde, sur la loi *Non ignoras, C. Qui accusare non possunt,*) qui ne nous est point donnée par la nature, & qui, par conséquent, ne se présume point, si elle n'est prouvée, chacun étant présumé roturier; mais il faut distinguer les nobles de ceux qui sont ennoblis.

50. Les nobles sont ceux qui le sont de race; & cette noblesse a été définie, *une clarté de lignée & splendeur des ancêtres, avec succession d'armoiries & d'images conférés à quelqu'un, & par lui à sa famille par le prince, la loi, ou la coutume en récompense des vertus qui servent à l'état & à la société humaine.*

51. A l'égard des ennoblis, il y en avoit autrefois de plusieurs sortes, sçavoir, par lettres du roi, par offices nobles, par la possession des fiefs, dit Loysel, liv. 1, chap. 1; & cette derniere ne subsiste plus, si ce n'est que le roi ait investi un roturier d'un fief de dignité, comme d'un duché.

52. La question que propose d'abord Boiceau sur ce

[*] Le haut-justicier ayant par sa qualité droit de litre, & ceinture funébre, il faut qu'il prouve sa haute-justice pour prouver son droit de litre.

ſujet, ſuppoſe qu'il faut être noble pour partager noblement un fief avec droit d'aîneſſe ; ce qui n'eſt pas néceſſaire à préſent, parce que les roturiers peuvent poſſéder des fiefs ; & ils les partagent noblement, non en vertu de leur nobleſſe perſonnelle, mais à cauſe de la nobleſſe du fief qui eſt réelle, & qui en eſt inſéparable ; & c'eſt à cauſe de ce droit, qu'ils ſont ſujets au droit de francs-fiefs.

53. Quant à la nobleſſe de race, qui eſt une poſſeſſion immémoriale de la nobleſſe, elle ſe peut prouver par témoins, comme dit Boiceau ; & on n'eſt obligé de prouver l'ennobliſſement, que parce que chacun étant préſumé roturier, celui qui ſe dit ennobli, doit prouver qu'il a ceſſé d'être roturier, & même le prouver par écrit, comme il ſera dit ci-après.

54. Bacquet, chap. 23 du Droit d'ennobliſſement, dit que, ſi celui duquel le fief a été ſaiſi pour le droit de francs-fiefs, n'eſt notoirement noble, & ne fait apparoir par écrit de ſa nobleſſe, on lui permet de la prouver par une enquête, ou preuve teſtimoniale ; « & *num.* 2, » *ibidem*, il dit qu'en France, pour vérifier qu'un homme » eſt noble, il ſuffit que les témoins dépoſent qu'ils ont » connu ſon ayeul & ſon pere ; qu'ils les ont vu vivre no- » blement, ſuivre les armées, avoir été en charge à la » guerre, &c. Il ajoûte auſſi qu'il faut que les témoins » ſoient gentilshommes de race, officiers royaux, ou ſu- » balternes, & autres gens d'honneur & de qualité, & non » ſimples marchands, laboureurs & artiſans, & qu'ils dépo- » ſent qu'ils ont entendu dire que les biſayeul & triſayeul » ont vécu noblement. Il obſerve que le certificat des élus » eſt encore de grand poids, s'ils certifient que la per- » ſonne n'a point été impoſée à la taille, & a été notoi- » rement miſe au nombre des nobles. Enfin, dit-il, il doit » faire appeller les habitans du lieu de ſa demeure, pour » ſe faire maintenir dans ſa nobleſſe, comme y étant ſeuls » intéreſſés. »

Le même Bacquet, *ibidem*, chapitre 18, après avoir prouvé, à l'égard des ennoblis, que le roi ſeul a le droit d'ennoblir, rapporte un titre d'ennobliſſement en forme. Au chapitre 19, il marque ceux que les charges ennobliſſent en France. Au chapitre 20, il prouve que les fiefs ni

les juſtices n'ennobliſſent point ; & au chapitre 21, que les ennobliſſemens doivent être vérifiés en la chambre des comptes & cour des aides, même au parlement, d'où il s'enſuit qu'ils ne peuvent être prouvés par témoins, & que ce n'eſt pas aſſez de rapporter les lettres d'ennobliſſement ; il faut auſſi rapporter la vérification qui en a été faite aux Cours ſouveraines.

55. Néanmoins Loyſeau, Traité des ordres, chap. 5, nomb. 41, dit expreſſément qu'à l'égard de ceux qui veulent fonder leur nobleſſe ſur la façon de vie de leurs pere & ayeul, ils en doivent avoir preuve par écrit, ſçavoir par les certificats des capitaines ſous leſquels ils ont ſervi le roi, par les extratis des rolles des compagnies auxquels ils ont été compris, contrats de mariage & partages, où ils ont pris qualité d'Ecuyers, & autres ſemblables titres probatifs, à quoi la preuve teſtimoniale ne ſeroit ſeule ſuffiſante, bien qu'elle ſoit admiſe pour aider la preuve littérale, comme dit auſſi M. le Bret, Plaid. 36 ; & tel eſt, en effet, l'uſage.

56. Pour ce qui concerne les priviléges attribués aux gradués nobles pour l'obtention des bénéfices par le concordat, §. *Cùm verò probatio*, T. *de Collationibus*, & par l'ordonnance de Louis XII de 1566, il ſuffit, dit Loyſeau, d'une atteſtation de quatre témoins pour la diſpenſe du tems d'étude.

Quant à ce qu'il dit qu'une ſimple ſentence des élus, non homologuée à la cour des aides, ne ſuffit pas pour faire preuve de nobleſſe, il eſt certain que ſi elle eſt rendue avec légitime contradicteur, & ſur les concluſions du procureur du roi, après une enquête, & ſuivie d'une poſſeſſion publique de la nobleſſe, elle fait une preuve par écrit ; mais ſi elle eſt par défaut contre ceux qui doivent y être parties, elle eſt abſolument inutile.

57. Enfin, comme il ne ſuffit pas de prouver qu'on eſt noble, ou qu'on a été ennobli, ſi on ne prouve qu'on n'a point dérogé, & qu'on a vécu noblement depuis, il faut prouver encore cette poſſeſſion de la nobleſſe, ſoit par titres, ſoit par témoins.

58. Loyſeau, *ibidem*, *num.* 34, après avoir remarqué que les docteurs eſtiment que la nobleſſe ſe peut acquérir

par preſcription [*], quand elle eſt fondée ſur une poſſeſſion immémoriale, (comme remarque Tiraqueau, chapitre 14, *de Nobilit.*) dit que le réglement des tailles de 1600, art. 58, ſuppoſe que les prédéceſſeurs étoient nobles, & ſe contente ſeulement de la preuve de la poſſeſſion de la nobleſſe dans la perſonne du pere & de l'ayeul, laquelle fait préſumer une poſſeſſion immémoriale de la nobleſſe des ancêtres.

59. Mais, dit-il, cette préſomption n'eſt point *juris & de jure ;* elle rejette ſeulement la preuve du contraire ſur celui qui conteſte la nobleſſe à un autre : ainſi l'ingénuité eſt prouvée ſuffiſamment par la poſſeſſion immémoriale, c'eſt-à-dire, quand une perſonne a toujours paſſé pour ingénu, & qu'il n'y a nulle preuve du contraire.

60. Au contraire l'ennobliſſement ne ſe peut preſcrire par la poſſeſſion, parce qu'il ne peut être concédé que par le roi, & qu'il s'agit de ſon intérêt & de celui du public, la nobleſſe d'ailleurs n'étant point un bien qui ſoit dans le commerce ; *Nemo enim ſtatum ſuum uſurpare poteſt ;* c'eſt pourquoi les uſurpateurs du titre de nobleſſe ſont punis par nos ordonnances, comme fauſſaires [**].

[*] La nobleſſe ne ſe peut acquérir par preſcription ; la raiſon en eſt que ſes effets ſont de donner à ceux qui en ſont décorés, l'exemption de pluſieurs charges ; & en cela, elle eſt contraire à l'intérêt primitif de l'Etat, qui demande que tous les membres ſupportent également les charges. Si donc quelques perſonnes ſont exemptes de ces charges, ce ne peut être que par privilége : or tout privilége demande une conceſſion expreſſe, & ne peut jamais s'acquérir par preſcripiton. Néanmoins, quand une perſonne fait voir une poſſeſſion immémoriale de nobleſſe ; alors on préſume qu'il a toujours été noble, & on le diſpenſe de rapporter un titre primordial, parce que poſſeſſion immémoriale vaut titre. Voyez la note ſuivante.

[**] La preuve de la nobleſſe d'extraction eſt différente de celle de la nobleſſe de conceſſion. Argou, l. 1, ch. 2 ; Couchot, t. 3 ; l. 1, ch. 2.

A l'égard de la nobleſſe d'extraction, le noble de race, qui deſcend d'ancêtres dont l'ancienneté de la nobleſſe en rend l'origine inconnue, ne pouvant rapporter ſon titre primordial, a deux choſes à prouver ;

1° La poſſeſſion de ſes ancêtres qui ont toujours pris la qualité d'Ecuyer, de Chevalier, ou même de Nobles en certaines provinces, comme en Normandie, & dans les pays de droit écrit ;

2° La filiation ou deſcendance ; car inutilement prouveroit-il que ſes ancêtres étoient nobles, s'il ne prouve, en même tems, qu'il eſt deſcendu d'eux en droite ligne.

Les extraits baptiſtaires, les teſtamens, les partages, les contrats de mariage, les tranſactions, les actes de convocation de ban & arriere-ban, les actes de foi & hommage, les anciennes inſcriptions ſur monumens, les épitaphes, les ſtatues & images anciennes, & tous autres actes publics, dignes de foi, peuvent ſervir à établir cette double preuve, pourvu qu'il ne paroiſſe pas que quelqu'un des ancêtres fût roturier avant cent ans ; car lorſqu'une famille n'a pas toujours été noble, elle ne peut le devenir par quelque tems que ce puiſſe être, ſi

61. Quant à la nobleſſe acquiſe par la poſſeſſion des fiefs de dignité, Dumoulin, tit. 1 des Fiefs, §. 15, gl. 3, *in verbo*, TENU NOBLEMENT, dit que ſi le roturier en eſt inveſti par le ſupérieur, c'eſt-à-dire par le roi, qui a ſeul pouvoir d'ennoblir, & qu'il vive noblement, il eſt ennobli par cette poſſeſſion.

62. Dumoulin, *ibidem*, ajoûte que ſi les ancêtres d'une perſonne ont depuis long-tems poſſédé un fief noble, c'eſt-à-dire un fief de dignité, comme une châtellenie, & qu'ils aient été toujours réputés nobles, quoique l'inveſtiture faite en leur faveur par le prince, ne ſoit pas rapportée, néanmoins elle eſt préſumée avoir précédé; & qu'ainſi, en ce cas, la preuve par témoins de cette longue poſſeſſion doit être reçue; car l'acquiſition d'un fief, même de dignité, n'ennoblit pas, parce que ce n'eſt pas l'héritage qui doit ennoblir l'homme, qui vaut mieux que l'héritage, ſuivant la loi 44, *D. de Ædilit. ædes.*

63. Quant à celui qui eſt fait chevalier par le prince, ſur le point du combat, cela s'eſt pratiqué autrefois, & ne ſe pratique plus.

64. Mais il faut remarquer en général que, quand celui qui étoit noble de race, ou qui a été ennobli, ſoit par dignité ou autrement, a déroge à la nobleſſe, ou en a été dégradé; en ce cas, il doit prouver par écrit qu'il s'eſt fait réhabiliter, il ne ſuffiroit pas qu'il eût vécu noblement depuis; il faut de nouvelles lettres de nobleſſe, ou de réhabilitation, obtenues en connoiſſance de cauſe: la preuve par témoins ſeroit inutile.

Juſtiſſimè ædiles voluerunt [illegible] nem civi, qui [illegible] noris eſſet [illegible] re, probe [illegible] tatem hæreditat[illegible]

Voyez Peckius, *de Dignitatibus*, l. 12, T. 1, n. 21, 23, de la Nobleſſe réelle & perſonnelle.

ce n'eſt par la conceſſion du prince, parce que, comme nous diſions tout-à-l'heure, la nobleſſe ne ſe preſcrit pas.

En Normandie, on ſuit une autre régle pour la preuve de la poſſeſſion de la nobleſſe de race: il faut prouver quatre degrés ou générations de nobleſſe; & les quatre degrés ſeroient ſuffiſans, quand même ils ne remonteroient pas au-delà de cent ans. Mais, auſſi s'il falloit remonter plus loin, la preuve de ces quatre degrés eſt abſolument néceſſaire.

A l'égard de la nobleſſe de conceſſion, ou elle a été acquiſe par lettres, ou par office ennobliſſant, civil ou militaire. Ceux qui tirent leur nobleſſe d'un ennobli par lettres, ſont obligés de les rapporter bien & dûement vérifiées; car ſi elles ſe trouvoient perdues, il faudroit avoir recours à des lettres de confirmation de nobleſſe.

Ceux qui tirent leur nobleſſe d'un ennobli par charge civile, doivent rapporter les proviſions ou les actes de réception, ainſi que ceux qui la tirent d'un ennobli par office militaire; mais, au défaut de titres primordiaux, les ſeconds rapportent ordinairement des extraits des rolles, des montres & des comptes rendus par les treſoriers de l'ordinaire, ou de l'extraordinaire des guerres. Voyez la Déclaration du 22 Janvier 1752.

CHAPITRE XVIII.

Des Demandes indéfinies, & qui ne ſont point fixées à une certaine ſomme.

SOMMAIRE.

1. *Si, quand la convention eſt pour une ſomme certaine, il faut admettre la preuve par écrit, ou celle par témoins.*
2. *Exemple ſur cette queſtion.*
3. *C'eſt au juge, en ce cas, à examiner par les circonſtances de l'affaire, ſi la demande qui eſt faite, pourra excéder la ſomme de cent livres.*
4. *Si elle excede, le demandeur n'eſt pas recevable à la preuve par témoins.*
5. *Et le juge doit l'obliger de ſe reſtreindre à cette ſomme avant conteſtation en cauſe.*
6. *Exemples à l'égard des juges préſidiaux.*
7. *Abus des premiers juges de ne point ordonner d'abord cette reſtriction, & de permettre néanmoins la preuve.*
8. *Si, quand cette reſtriction n'eſt pas faite avant conteſtation en cauſe, mais après la preuve faite, & ſeulement pour empêcher l'appel par le demandeur, la cour ne laiſſe pas de recevoir cet appel.*
9. *Si la demande étant d'une ſomme au-deſſus de celle de cent livres, & le titre de la dette étant pour une ſomme excédant cent livres, la preuve par témoins eſt recevable.*
10. *Déciſions pour l'affirmative.*
11. *Si, quand un exploit contient pluſieurs demandes, chacune au-deſſous de cent livres, & qui toutes enſemble excedent cette ſomme, la preuve par témoins eſt admiſſible.*
12. *Déciſions pour l'affirmative, ſi ces demandes procedent de différentes cauſes.*

1. LE ſixieme article, qui regarde cette ordonnance, ſera touchant une queſtion qui arrive ſouvent, ſça-

1. SEXTUS articulus ad hanc conſtitutionem pertinens, erit de quæſtione, quæ ſæpè contingit : quandò ſcilicèt pactio facta eſt ſinè certâ æſtimatione, ità ut incertum ſit, quid petatur, vel quid debeatur, voir

voir ſi, quand on a fait un marché ſans fixer le prix, enſorte qu'il eſt incertain quelle ſomme on doit demander, ni quelle ſomme peut être dûe, il faut condamner à une ſomme indéfinie, & enſuite, lorſqu'on mettra la ſentence à exécution, liquider ce qui eſt dû, comme il eſt ſouvent décidé en droit, & de quelle maniere, en ce cas, il faut recevoir on refuſer la preuve par témoins.

2. Par exemple, Titius aſſigne Caïus, & conclut contre lui à des dommages & intérêts, tels qu'il appartiendra, faute par lui d'avoir conſtruit un certain bâtiment, ſuivant la convention faite entr'eux; ou bien Caïus conclut à ce que Titius, ſuivant cette convention, le décharge & le garantiſſe des frais, dommages & intérêts, réſultans d'un procès mu entre lui & Sempronius, qui eſt ſon garant, pour raiſon d'une éviction qui lui eſt faite; ou Caïus demande que Titius ſoit tenu d'accomplir un échange de meubles ou immeubles, faite & convenue entr'eux. Dans tous ces cas, il s'agit d'eſtimer & de liquider à quoi monte cette convention qui n'eſt point fixée par écrit: il faut dire la même choſe, en ſemblables eſpeces dans leſquelles on demande une ſomme indéfinie, par forme de dédommagement, qui doit être liquidée en fin de cauſe pour exécuter la ſentence. Si la convention qu'on prétend avoir été faite, n'a point été rédigée par écrit, ſçavoir ſi le juge doit en accorder la preuve par témoins?

& an ſine certâ quantitate judicandum ſit, & deindè in exequutione ſententiæ diſcutiendum, quid, quantum, & quale debeatur, ut in jure ſæpè reperimus: *a* quomodò & quandò in his ſit recipienda vel rejicienda teſtium probatio?

2. Exempli gratiâ: Titius convenit Caïum, & concludit contrà eum, ad damna & intereſſe, quæ juris & rationis erunt, ob non ædificatam ſibi inſulam, *b* juxtà pactum inter eos conventum: vel petit Caïus, ut Titius ſecundùm inter eos conventa, eum eximat & liberet ab expenſis, damnis, & intereſſe, ob litem contrà Caïum vel Sempronium motam, & evictionem ei præſtet: vel proponit Caïus, permutationem cum Titio factam fuiſſe, de re ad rem mobilem ſeu immobilem, & petit ut perficiatur permutatio. *c* In his omnibus oritur hæc quæſtio, cujus æſtimationis ſit pactio non ſcripta: idemque de omnibus aliis exemplis, in quibus aliquid, per modum intereſſe, incertum petitur, certificandum tamen in exitu litis, vel exequutione judicati: ſi pactio propoſita denegetur, & ſcripta non ſit, an judex teſtium probationem concedere debeat?

a *Inl. Quanquam & in L. fin. C. de Sentent. quæ ſin. cer. quant. & in l. unic. de Sent. quæ pro eo quod inter.*

b *L. Si is qui inſulam cum ſimilib. ff. de verb. Oblig.*

c *L. Ex placito, C. de rer. Permutat.*

3. Je réponds que le juge, en ces sortes de cas, peut connoître, par la nature & la qualité de la demande, si elle excede cent livres ou non ; comme quand il s'agit d'une affaire de peu de conséquence, ou de quelqu'ouvrage ou entrepriſe, ou de quelques déboursés & frais qui ne peuvent monter à la somme de cent livres: ou, quand la choſe qui eſt demandée, eſt notoirement de vil prix, ce qui ſe pourra facilement connoître par la qualité des perſonnes, des tems & de la choſe, comme il y en a pluſieurs exemples en droit, dont Bartole a parlé en pluſieurs endroits.

4. En ce cas, le juge peut permettre la preuve par témoins, parce qu'alors l'affaire ſe peut décider ſans entrer dans une plus grande diſcuſſion, & comme dit Ulpien, *de Plano*. Que ſi la choſe excede cette ſomme, en ce cas ſi le demandeur n'a point eu la précaution de reſtreindre ſa demande, j'eſtimerois qu'il ne doit pas être reçu à la preuve par témoins, contre la diſpoſition de l'ordonnance; car il pourroit enſuite prouver (par des témoins apoſtés) que la valeur de ce qu'il demande excede cent livres, & ainſi faire fraude à la loi : c'eſt pourquoi le juge fera

---

3. Reſpondeo, ex naturâ & qualitate petitionis judicem æſtimare poſſe, in promptu, an petitio libram centenam excedat, nec-ne : ut, quando factum quod proponitur, conſiſtit in modico negotio, ſeu vili operatione & negotiatione, vel expenſâ, quæ citrà libras centum æſtimari poteſt : vel quandò res quæ petitur, eſt notoriè modica, quod ex qualitate perſonarum, vel temporis, vel rei, de quibus agitur, facilè percipi poterit, ut multis juribus vulgatum eſt, *a* & à Bartolo ſæpè tractatum. *b*

4. In his enim ſummariam teſtium probationem recipere debebit judex, cùm de re agatur quæ ſinè ſtrepitu judicii, & altiori indagatione, ſummariè & de plano diſcuti debet, ut ait Ulpianus. *c* Si verò tale ſit negotium, quod ſui naturâ & conſideratione centeſimam libram excedere videatur, tunc ſi adeò incautus fuerit actor, ut abſque certâ æſtimatione actionem ex pacto convento propoſuerit, eum ad teſtium probationem recipi non debere putarem, obſtante hâc conſtitutione, ne in legis rationem incidat, producendo teſtes, qui ultrà centum libras pactionem, de quâ agitur, æſtimare poterunt ; & ità per indirectùm huic legi fiat fraus, contrà ipſius mentem. *d* Ideòque conſultiùs faciet judex, ſi in ipſo litis ingreſſu, aut ſaltèm antè conteſtationem, vel antequàm facultatem probandi partibus concedat, actorem cogat ad limitandam, ſeu coarctandam actionis propoſitæ æſtimationem, ut indè notum ha-

a *L. In rebus, §. Poſſunt, ff. Commodat.*

b *In l. Sed & ſi ſuſceperit, §. Si libertis, ff. de Jud. & auth. ut hi qui ſe oblig. perhib. coll. 6.*

c *In L. 2, ff. de rejudic. & l. 3, §. Ibidem, ff. ad exh.*

d *L. Contrà, ff. de Legib. l. Non dubium, C. eodem.*

mieux au commencement de la cauſe, ou du moins avant conteſtation en cauſe, & avant d'accorder aux parties la permiſſion de faire cette preuve, d'obliger le demandeur de reſtreindre ſa demande, afin qu'il connoiſſe par-là, s'il doit lui permettre cette preuve ou non; & il n'y a point de doute que le juge ne puiſſe l'obliger à faire cette reſtriction, parce que c'eſt de cette reſtriction que dépend de ſçavoir ſi ce qui eſt en conteſtation eſt de ſa connoiſſance.

5. Car, puiſque chaque juge a un pouvoir limité à un certain genre de cauſe, il s'enſuit qu'il a auſſi droit de contraindre ceux qui plaident devant lui, de reſtreindre ou d'expliquer leur demande. Or eſt-il que, dans le cas dont il s'agit, le pouvoir du juge eſt borné en ce qu'il ne peut recevoir la preuve au-deſſus de cent livres; donc il lui eſt permis de contraindre le demandeur d'expliquer ſa demande; car l'un ſuit de l'autre.

6. Et nous en avons un exemple dans la juriſdiction des préſidiaux depuis peu établie, qui ne connoiſſent que juſqu'à une certaine ſomme, & auxquels, par conſéquent, on a donné ce pouvoir d'obliger les parties, dès le commencement de la cauſe, d'expliquer & de reſtreindre leur demande.

7. C'eſt ce qui eſt fort mal obſervé, notamment par les premiers juges, qui ne ſe mettent pas en peine d'o-

---

beat, quo genere probationis utendum ſit in lite. Dubium autem non eſt, judicem ad hujuſmodi coarctationem petitores cogere poſſe, cùm illud pendeat à ſuæ notionis poteſtate. Nàm, quià judex ad certum genus cauſarum limitatam habet poteſtatem, benè ſequitur, eum coactionem habere in litigatores, ut actiones ſuas ſecundùm juriſdictionem illius coarctent vel explicent.

5. *a* Atqui in hâc lege regiâ, coarctatum eſt judicis officium, ne ultrà centenam libram teſtes recipiat, ergò ei conceſſum eſt, ut æſtimationem litis explicare cogat actorem, cùm uno dato, aliud conceſſum cenſeatur ſine quo primum expediri non poteſt, *b* ut ſæpè jam diximus.

6. Cujus rei exemplum habemus in juriſdictione judicum præſidalium, nuper introductâ, certis quantitatibus limitatâ, quibus conſequenter *c* data eſt poteſtas compellendarum partium, ut rei, cujus nomine experiri volunt, certam faciant æſtimationem, ipſo litis ingreſſu.

7. Quod malè obſervatum quotidiè videmus, & maximè per judices

a *L. Si idem cum eodem, ff. de Juriſd. omn. Judic.*

b *L. Cui juriſdictio, ff. de Juriſd. omn. Judic. & L. Ad rem mobil., ff. de Procurat.*

c *Superiorib. Legib.*

bliger les parties de reſtreindre leur demande à une ſomme; & après que le procès eſt inſtruit, & ſur le point d'être jugé, & que l'enquête a été communiquée, ils eſſaient de leur faire limiter leur demande; & quelques parties, même après la ſentence donnée en cauſe d'appel, reſtraignent leur demande par dol, & de deſſein prémédité, ſçachant que le jugement, qui n'eſt pas encore prononcé, leur ſera favorable.

8. Ce que la cour a ſouvent déſapprouvé, & a reçu l'appel de ces ſortes de demandes que l'on n'avoit point reſtreint dès le commencement de la cauſe, quoique le demandeur l'eût reſtreinte enſuite, c'eſt-à-dire après la ſentence rendue, afin d'ôter par cette fraude aux appellans le moyen d'interjetter appel, qui eſt une voie de droit que l'équité ouvre à tout le monde, & qui leur étoit acquiſe, faute, par leur partie, d'avoir fait cette reſtriction avant conteſtation en cauſe, parce que l'eſtimation de ce à quoi cette action devoit ſe réduire, étoit incertaine, d'autant que les procédures que l'on fait en juſtice, ſont comparées aux contrats; & c'eſt pourquoi je ne crois pas que les demandeurs, après conteſtation en cauſe, & après que le procès eſt inſtruit, encore moins en cauſe d'appel qu'en cauſe principale, puiſſent reſtreindre leur demande, afin que l'on ne puiſſe pas dire qu'ils ſont traités en cela plus favorablement que les défendeurs; & qu'au lieu de la faveur qui eſt dûe aux derniers, il n'y ait que de la rigueur pour eux.

municipales ſive ſecundarios : quibus nihil curæ eſt de coarctandis litigantium petitionibus ; & cùm lis eſt inſtructa, actores aliquandò in procinctu judicandi, & poſt didiſcita teſtificata, petitionem limitare conantur, nonnullique poſt judicium datum, in cauſâ appellationis, idem faciunt, idque dolosè, cautè, & ex induſtriâ, videntes forſan judicium eis certum fore.

8. Quod tamen ſuprema Curia ſæpè improbavit, ità ut appellationes meritò receperit, de cauſis incertis, litis ingreſſu non coarctatis, non obſtante actoris limitatione, non præſcripto tempore factâ, quæ dolosè damnatis præripere putavit futurum appellationis remedium, æquitate naturali omnibus paratum, & quod ab ipsâ litis conteſtatione eis quæſitum erat, propter incertam tunc actionis æſtimationem, cùm in judiciis quaſi contrahatur, *a* & propterea actores in præjudicium reorum, poſt litem conteſtatam & inſtructam, & minùs adhuc in cauſâ appellationis, petitiones ſuas coarctare non poſſe puto, ne favorabiliores videantur actores quàm rei, *b* & pro favore odium, contra juris regulam experiantur. *c*

a *L. Inter ſtipulantem*, §. 1, *ff. de verb. Oblig.*
b *L. Arrianus*, *ff. de Act. & Oblig.*
c *L. Quod favore*, *C. de Legib.*

9. Il y a une autre queſtion qui naît de la précédente, ſçavoir ſi la preuve par témoins eſt reçue dans une demande au-deſſous de cent livres, qui eſt fondée ſur une convention qui excede cent livres : par exemple, Caïus qui avoit vendu à Titius un cheval cent écus, intente action contre Titius, ou ſes héritiers, & ne leur demande que trente écus qui reſtent à payer ; ce que j'ai vu arriver ſouvent entre marchands. Si Titius dénie non-ſeulement de payer les trente écus, mais même qu'il lui ait été vendu aucun cheval par Caïus, & qu'il n'y en ait eu aucun marché paſſé par écrit ; on demande ſi l'on recevra, en ce cas, la preuve par témoins ?

10. Et je crois qu'elle eſt recevable, quoiqu'on en ait autrefois douté, mais ſans fondement ; parce, que pour juger à quoi peut ſe réduire l'intérêt d'une partie dans un procès, on examine plutôt à quoi monte la demande qu'il fait, que ce qui lui eſt, ou a été effectivement dû avant cette conteſtation.

11. Il y a auſſi une autre legere queſtion qui ſe préſente quelquefois, ſçavoir ſi quand, par le même exploit on fait pluſieurs demandes qui, jointes enſemble, excedent cent livres, la preuve par témoins en ſera admiſe ?

12. Je réponds qu'elle le doit être, ſi ces demandes ſont fondées ſur différentes conventions. Que ſi elles ne

---

9. Alia quæſtio pendet à præcedente, utrùm ſcilicet, propoſitâ actione de ſummâ centum libras non excedente, quæ tamen à pactione ultrà centenam libram jam factâ oriebatur, teſtium probatio recipi debeat ; exempli gratiâ : Caïus, qui vendiderat equum Titio, centum aureis, contrà Titium, aut ejus hæredem, experitur ad ſolutionem trigenta aureorum, qui à conventione centum aureorum reſtabant, cujuſmodi petitiones ſæpè inter mercatores vidi, ſi Titius non tantùm ſummam illam triginta aureorum deneget, ſed & etiàm equi venditionem, & pactionem non ſcriptam, nunquid teſtium probatio admittetur ?

10. Puto quòd ſic, etiamſi aliquandò dubitatum ſit, ſed perperàm, cùm in litis æſtimatione magìs conſideretur quid petatur, quàm quid debeatur, vel debitum ſit. *a*

11. Alia quoque levis quæſtio occurrit aliquandò, ſi plures, videlicet petitiones uno libello concipiantur, quæ coacervatæ, centenam libram excedant, diſcretæ verò centeſimam ſummam non egrediantur, nunquid teſtium probatio admittetur ?

12. Reſpondeo, admitti, ſi ex diverſis cauſis & pactionibus, diſcretæ

a *L. Cum quâdam puellâ, §. Ult. ff. de Juriſd. omn. Jud. L. Obligationum ferè. §. Modus de Action. & Oblig. & L. Qui hominem, §. Stipulatus, ff. de Solut. & in l. Miles, §. Decem. de re judic.*

dépendent que d'une seule, elles sont sujettes à la prohibition de cette ordonnance; ce qui est conforme à la distinction de Caïus & des autres jurisconsultes, & ce qui est vulgaire entre les praticiens: c'est pourquoi je ne m'y arrêterai pas davantage; & ce que dessus suffira pour la premiere partie de l'ordonnance.

---

petitiones concludantur. Si verò ab unâ eâdemque petitione oriantur, hæc regiæ sanctioni subjici debere. Quod à vulgari distinctione Caii[a], aliorumque jurisconsultorum discere facillimè poterimus. Ideòque non pluribus insistendum puto, cùm vulgaris inter omnes pragmaticos, hæc quæstio videatur. Hactenùs de primâ parte.

[a] *L. Si idem cum eodem, ff. de Jurisd. omn. Judic.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XVIII.

SOMMAIRE.

1. *Trois questions dans ce Chapitre; la premiere, concernant les demandes en justice d'une somme incertaine.*
2. *Usages des présidiaux à ce sujet, suivant l'ordonnance de* 1551.
3. *Sentiment de M. le Prestre & de Chenu, touchant ce qui est de la connoissance des présidiaux.*
4. *Restriction se doit faire avant contestation en cause.*
5. *Seconde question: Si la preuve est recevable quand on demande moins de cent livres, restant d'une somme excédant cent livres.*
6. *Troisieme question, touchant plusieurs demandes des sommes au-dessous de cent livres, qui excedent cent livres toutes ensemble, décidée par l'ordonnance de* 1667.
7. *Question à ce sujet, proposée par le Grand, décidée par l'ordonnance de* 1667.

1. CE Chapitre comprend trois questions. La premiere, & la principale concerne les demandes faites en justice d'une somme incertaine; la seconde, sçavoir si, quand on demande moins de cent livres, restant d'une somme au-dessus de cent livres, la preuve par témoins est admissible; la derniere, touchant plusieurs de-

mandes au-deſſous de cette ſomme, & qui l'excedent, étant jointes enſemble.

2. Pour ce qui eſt de la premiere, il eſt certain, comme dit Boiceau, que le juge eſt obligé d'ordonner au demandeur de ſe reſtreindre, avant conteſtation en cauſe, à une certaine ſomme, quand il s'agit d'une choſe incertaine, afin qu'il puiſſe être toujours en état d'accorder ou de refuſer la preuve, conformément à l'ordonnance. C'eſt par cette raiſon que les préſidiaux, dont le pouvoir eſt borné, comme il dit, ne peuvent connoître d'une demande dont l'eſtimation eſt incertaine, comme des dommages & intérêts, ſi le demandeur ne ſe reſtreint au premier chef de l'édit des préſidiaux de 1551, qui porte que, *Si par la demande il n'appert liquidement de la valeur de la choſe litigieuſe, les parties ſeront interrogées, & ſelon ce qu'ils en accorderont, & qu'il apparoîtra par baux à ferme, actes, cédules, inſtrumens authentiques, ou autrement, ſelon que le demandeur le voudra déclarer, & réſoudre ſa demande à la ſomme de deux cens cinquante livres tournois pour une fois, & au-deſſous.*

3. Auſſi M. le Preſtre, centurie 1, chap. 61, ajoûte que les préſidiaux ne connoiſſent point des dommages & intérêts; & Chenu, centurie 1, dit que par cette même raiſon, ils ne peuvent connoître des cens & rentes, des cauſes de l'égliſe, & de celles des mineurs; retrait lignager & féodal; matieres criminelles; de la qualité d'héritier, & de celle de Commune; & à l'égard des mineurs, le tuteur ne peut faire cette reſtriction, (s'il leur eſt dû plus de cent livres,) parce que ce ſeroit une aliénation, n'étant plus permis, après cela, de répéter l'excédent: il rapporte auſſi un arrêt du 18 Novembre 1577, qui l'a jugé ainſi.

4. Le même Chenu, tit. 3, des Siéges préſidiaux, chapitre 5, obſerve que cette reſtriction ſe doit faire avant la conteſtation ſur l'appel, & avant de plaider & de conclure, quand c'eſt une appellation verbale. Il faut auſſi que les deux parties faſſent cette reſtriction, quand elles ſe font des demandes réciproques [*].

[*] Nous avons déja dit que pour ce qui regarde la reſtriction à la ſomme de cent livres, afin d'être admis à la preuve par témoins, elle n'eſt plus admiſe quand

5. Sur la ſeconde queſtion propoſée par Boiceau, ſi on peut demander à prouver par témoins qu'il eſt dû une ſomme moindre de cent livres, reſtant d'une ſomme qui excede cent livres, il eſt certain que la raiſon pour laquelle on ne doit pas y être reçu, eſt parce que celui auquel il eſt dû plus de cent livres, a dû prendre la précaution d'en paſſer un acte par écrit, ſuivant l'ordonnance: ſi cette preuve étoit permiſe, il s'enſuivroit que, contre la diſpoſition expreſſe de l'ordonnance, on pourroit prouver par témoins une convention verbale excédante cent livres [*].

6. La troiſieme queſtion eſt décidée par l'article 5 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, qui porte que, *s'il y a pluſieurs demandes intentées par la même perſonne, & qu'il n'y en ait point de preuve, ou commencement de preuve par écrit, & que, jointes enſemble, elles ſoient au-deſſus de cent livres, elles ne pourront être vérifiées par témoins, encore que ce ſoient diverſes ſommes qui viennent de différentes cauſes, & en différens tems, ſi ce n'eſt que les droits procédaſſent de ſucceſſion, donation, ou autrement, de perſonnes différentes.* Ainſi cette diſpoſition n'eſt pas conforme à la déciſion de Boiceau, ni à la pratique de ſon tems. L'ordonnance n'ayant point d'égard à la ſeule différence des cauſes dont les demandes procedent, mais à la différence des perſonnes dont le demandeur a les droits, parce qu'en effet c'eſt cette différence qui conſtitue autant de droits ſéparés, & d'actions diſtinctes, qui n'ont rien de commun enſemble, quoiqu'on en faſſe la demande par un même exploit [**].

7. Le Grand, ſur l'art. 264 de la Coutume de Troyes, ci-deſſus cité, dit que de ces mots de l'ordonnance de

la demande a été une fois faite au-deſſus de cent livres. Voyez aux Additions ſur le ch. 14, n. 14. Nous avons vu auſſi au même endroit, qu'au contraire la reſtriction, pour ce qui concerne la compétence des préſidiaux, pouvoit ſe faire en tout état de cauſe; & nous avons donné les raiſons de la différence.

[**] La queſtion doit ſe décider par ce qui faiſoit l'objet de la convention qui excédoit cent livres, & non par ce qui en reſte dû. Mais ſi le créancier offroit la preuve teſtimoniale, non pas d'une ſomme moindre de cent livres qui lui reſte dûe, mais de la promeſſe, qui lui auroit été faite par le débiteur, de lui payer cette ſomme qui lui reſte dûe, il ſemble qu'il devroit être reçu à la preuve; car cette promeſſe eſt une nouvelle convention confirmative de la premiere; & l'objet de cette nouvelle convention n'excédant pas cent livres, rien n'empêche que la preuve teſtimoniale n'en puiſſe être admiſe.

[**] Cette queſtion a déja été traitée aux Addit. ſur le ch. 14, n. 12.

Moulins,

Moulins, *excédant la ſomme, ou valeur de cent livres, à une fois payer;* on peut inférer que ſi une perſonne a prêté à pluſieurs fois pluſieurs ſommes payables à différens termes, chacune deſquelles ſoit moindre de cent livres, & qui, jointes enſemble, excedent cette ſomme, il doit être reçu, en ce cas, à la preuve par témoins de chaque prêt qu'il a fait de ces ſommes particulieres, parce que ſuivant la loi *Si idem*, & la loi *Cùm quædam*, §. *ult. de Juriſdict. quærendum quantùm petatur, non quantùm debeatur;* laquelle opinion ne peut plus avoir lieu, ſi les demandes de toutes ces ſommes ſont faites par un même exploit, mais ſeulement au cas qu'elles fuſſent faites par pluſieurs exploits, & qu'il y eût autant d'inſtances ſéparément intentées, que de demandes, ſuivant qu'il réſulte du texte de l'article de l'ordonnance de 1667, qui vient d'être cité, lequel doit ſervir de déciſion préciſe pour ce cas particulier.

Fin de la premiere Partie.

SECONDE PARTIE
DE L'ARTICLE LIV
DE L'ORDONNANCE
DE MOULINS.

CHAPITRE PREMIER.
Des Écritures privées en général.
SOMMAIRE.

1. *Motif de l'ordonnance de Moulins.*
2. *Objection contre la ſeconde partie de cette ordonnance.*
3. *Réponſe à cette objection.*
4. *Du commencement de preuve par écrit.*
5. *Ecriture privée fait foi, quand elle eſt reconnue.*
6. *Difficulté ſur cette ſeconde partie de l'ordonnance, & diviſion.*

1. LA ſeconde partie de l'ordonnance de Moulins parle des actes ſous ſeing privé, c'eſt-à-dire, en général, de toutes les écritures qui ne font point foi en juſtice, en ces mots: *En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions par-*

---

1. SECUNDA pars iſtius regiæ conſtitutionis loquitur de privatis inſtrumentis, ſeu ſcripturis, publicam fidem non habentibus, in illis verbis: *En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulieres, & autres qui ſeroient faites ſous leurs ſeings, ſceaux, & écritures privées.* Quibus videtur princeps explicare quâ neceſſitate ductus

ticulieres, & autres qui ſeroient faites ſous leurs ſeings, ſceaux, & écritures privées, par leſquels termes le prince ſemble expliquer par quelle néceſſité il a été obligé d'abroger la preuve par témoins, ſçavoir, parce que dans ce ſiécle corrompu, la facilité de ſuborner les témoins étoit venue juſqu'à un tel point, que le demandeur & le défendeur en trouvoient autant pour l'affirmative que pour la négative, dont les dépoſitions paroiſſoient également bien prouvées, ainſi que nous avons vu arriver ſouvent dans les conſultations & dans les jugemens des affaires; ce qui embarraſſoit fort les juges, qui ſont tenus de juger ſuivant ce qui leur eſt allegué & prouvé, & ce qui les obligeoit d'interloquer ſur une infinité de faits de reproches allégués de part & d'autre pour éclaircir leur religion. C'eſt donc avec juſtice que le prince a voulu que toutes ſortes de conventions fuſſent rédigées par écrit, & que l'on ne s'en rapportât plus à la ſeule preuve par témoins. Que ſi néanmoins il ſe trouve quelque choſe écrit de la main des parties, dont on puiſſe tirer quelque preuve, il ne veut pas, ſuivant cette derniere partie de l'ordonnance, que les juges le rejettent; c'eſt pourquoi il n'a point voulu exclure les actions qui naiſſent d'une promeſſe ou d'une écriture privée, laquelle mérite quelque foi par elle-même.

2. Cependant il ſemble que le légiſlateur qui, dans la premiere partie de cette ordonnance, a marqué qu'il crai-

---

fuerit, ad abrogandam teſtium fidem, quià nimirùm, tantâ facilitate, hoc perdito ſæculo, teſtes ſubornari quotidiè viderentur, ut ſæpè, ab utroque litigante, affirmativa, & negativa coarctata, æquo pede probatæ reperirentur: quod multotiès & in conſulendo & in judicando vidimus: atque ità judices, qui allegata & probata præterire non audent, *a* ad infinitas objectionum probationes, aliaſque interloquutiones recurrere cogerentur. Voluit ergò princeps (& meritò) omnes pactiones ſcribi, nec ſolis teſtibus probari debere. Si quid verò à partibus manu ſcriptum ſit, ex quo nonnulla probatio elici poſſit, id à judicibus contemnendum non eſſe ſancivit hâc ultimâ parte: ideòque omnes actiones, quæ vel ex chirographis, aliiſque privatis ſcripturis, aliquam fidem præ ſe ferentibus, oriuntur, excludere noluit.

a *L. Illicitas, §. Veritas, ff. de off. Præſid.*

2. Sed videtur quòd legiſlator, qui teſtium ſubornationes in primâ parte legis timebat, recidat in hâc ultimâ parte, in majorem ſuborna-

gnoit la ſubornation des témoins, s'expoſe, dans cette ſeconde partie, à ce même inconvénient, encore plus dangereuſement; car il eſt certain, & tel eſt l'uſage commun de la France, que nulle écriture privée ni promeſſe ne fait foi, qu'elle n'ait été préalablement reconnue en juſtice. Que ſi elle eſt déniée, il faudra de néceſſité recourir à la preuve par témoins pour prouver la vérité de la ſignature, ou du ſceau que la partie a appoſé au bas de cette promeſſe, (ainſi qu'il ſe pratiquoit autrefois;) &, par conſéquent, il faudra toujours avoir recours aux témoins, & il y aura danger qu'ils n'aient été ſubornés: de-là s'enſuivront, comme auparavant, les interlocutoires, les différentes allégations de faits & de reproches, & les mêmes involutions de procès; ce qui rendra l'exécution de cette ordonnance illuſoire, & y fera paroître une eſpece de contradiction.

3. Mais il eſt facile de répondre à cette objection; car cette ordonnance n'entend pas abroger abſolument, & en toutes occaſions la preuve par témoins, (enſorte qu'elle ne puiſſe jamais être admiſe en aucun cas;) mais elle entend ſeulement rejetter celle qui n'eſt point ſoutenue par d'autres adminicules, ou préſomptions de droit, comme la preuve que l'on demande à faire des conventions qu'on dit avoir été arrêtées verbalement devant des témoins, parce que l'expérience ayant fait connoître que la plûpart corrompoient des témoins en ces occaſions, & que,

---

tionum ſuſpicionem : nempè certum eſt, & communi uſu Galliæ receptum, nullam privatam ſcripturam nullumque chirographum fidem habere, niſi priùs agnoſcatur : *a* quod ſi denegetur, teſtibus ex neceſſitate opus erit, ad probandum ſignum, vel ſigillum, manu ſcriptum, vel appoſitum *b* fuiſſe ab eo qui denegat ſcripturam; & ſic ad teſtes ſemper erit recurrendum, imminebitque periculum & ſuſpicio ſubornandorum teſtium : hinc interloquutiones, allegationes, & involutiones innumeræ, ut anteà, locum habebunt. Quocircà hæc lex regia, hoc reſpectu, illuſoria videbitur, & ſibi ipſi contraria.

3. Huic objectioni facilis eſt reſponſio : nàm hæc lex noſtra, omni ex parte teſtium probationem abrogare non intendit, ſed eam ſolam quæ aliis adminiculis, vel aliis juris præſumptionibus jam fulcita non fuerit, ut in his pactionibus, quæ coram teſtibus tantùm factæ ſuſtinentur : nam cùm in his expertum ſit, teſtes penè infinitos corruptos

a *L. Exemplo, C. de Probat. l. Inſtrumenta eod.*

b *L. Comparationes, C. de Fid. inſtr. l. Contrà qui propriam, C. de non num. pecu.*

par un esprit de vexation ou d'avarice, plusieurs suppoſoient de fausses obligations à ceux qui n'en avoient point faites; ou au contraire, lorsqu'il y avoit eu véritablement des obligations passées, les débiteurs produisoient des témoins achetés à prix d'argent, qui affirmoient qu'ils les avoient payés en leur présence, d'où naissoit une infinité de chicanes & de procès; c'est pourquoi le prince a été obligé de rejetter toutes les conventions & actes prétendus, dont la certitude n'étoit fondée que sur la déposition des témoins.

4. Mais s'il y a quelques conventions par écrit entre les parties, quelque soit cet écrit, & quoiqu'il faille y ajoûter la déposition de quelques témoins; ce prince reçoit en ce cas cette preuve, à cause de la présomption qui veut que ce qui est écrit passe pour véritable; car la présomption de droit est une espece de preuve écrite, quoiqu'elle n'exclue pas la preuve du contraire.

5. Donc si l'écriture privée est déniée, on ne laissera pas de la prouver par témoins, & par comparaison d'écritures, nonobstant cette ordonnance, parce qu'en ce cas la preuve par témoins & la comparaison d'écritures ne sont qu'accessoires à la preuve principale, laquelle résulte de l'écriture privée dont il s'agit; ce qui fait que la subornation des témoins n'est pas facilement présumée en ce cas, à cause qu'il y a déja une cause préexistente, & une

---

fuisse à multis, qui vel vexationis affectu, vel avaritiæ inexplebili desiderio, obligationis causas quotidiè supponebant : *a* vel si veræ fuissent obligationes, debitores falsissimas solutiones, redemptis testibus, adstruebant, ideòque innumerabiles litium anfractus & involutiones hinc oriebantur : itaquè necesse habuit princeps omnia pacta testibus tantùm probabilia rejicere.

a *L. Testium facilitatem, C. de Testib.*

4. Si autem aliqua scriptura qualiscumque fuerit, jam adminiculata sit pactis, tametsi aliquibus testibus sit aliquandò juvanda, princeps hanc probationem recipit, propter juris præsumptionem, quæ pro scripturâ stare videtur : cùm juris præsumptio sit quædam scriptæ probationis species, quamvis in contrarium probationem recipiat.

5. *b* Ideòque si denegetur privata scriptura, testibus & comparationibus, *c* ritè probabitur, non obstante hâc regiâ constitutione, cùm in his casibus, testium probatio & comparatio, accessoria tantùm videatur, ad id quod jam principaliter probatum est per scripturam : quò fit, ut testium corruptio non facilè hìc præsumatur, propter præexistentem

b *L. Sive possidetis & ibi, Bartol. & Bald. C. de Probationib.*

c *L. Comparationes, C. de Fid. instr.*

eſpece de premiere preuve (écrite) qui n'eſt point préſumée être fauſſe, ſi elle n'eſt prouvée telle, comme on a coutume de dire, à l'égard de la confeſſion faite en juſtice, ſuivant l'opinion de Bartole: il doit donc demeurer pour conſtant que toutes ſortes de promeſſes & d'écritures privées ſont foi, quand elles ſont reconnues; & ſi elles ſont déniées, la preuve par témoins en eſt admiſſible.

6. Mais parce que j'ai vu naître quelques difficultés au ſujet de ces écritures privées, j'ai cru à propos de les examiner ſuivant l'ordre ci-après. 1. On demande ſi, par ces mots, *Et autres conventions qui ſeroient faites ſous les ſeings & ſceaux des parties*, on comprend toute ſorte d'écriture privée, & non-ſeulement les ſimples promeſſes appellées *chirographa*; mais *opiſtographa*, ce qui eſt écrit au dos d'une feuille de papier; *ſyngrapha*, une promeſſe ſous ſeing-privé; *olographa*, ce qui eſt écrit entiérement de la main d'une même perſonne, dont a traité fort doctement *Alexander ab Alexandro*, & ce qu'on appelle des tablettes, *chartæ deletitiæ*; les quittances, contre-quittances, lettres, reſcriptions, & telles autres ſortes d'écritures qui ne ſont point ſignées d'un notaire, ni autrement authentiques. 2. Sçavoir ſi, à l'égard des écritures ſous ſeing-privé, qui ne ſont point cauſées, on peut prouver par témoins la cauſe qui y a donné lieu. 3. Ce que l'on doit juger d'un contrat ou acte reçu par-devant des notaires

---

cauſam, & probationis ſpeciem, quæ falſa non præſumitur, niſi probetur: ut dici ſolet de confeſſione judiciariâ, præexiſtentem cauſam habente ſecundùm Bartolum. *a* Maneat ergò hæc concluſio: omnes cautiones privatas & manuſcriptas, probationem facere, ſi agnoſcantur: *b* & ſi denegentur, teſtium probationem ad confirmandam ejuſmodi ſcripturam admitti.

a *In l. unic. C. de Confeſſ.*

b *L. Scripturas, C. Qui potior, l. Super chirographariis, C. Si cert. pet. L. Qui agnitis, ff. de Except.*

6. Sed quià circà hujus legis partem nonnullas etiàm quæſtiones vidi moveri: hæc quæ ſequuntur ſuo ordine diſcutere operæ prætium putavi. Primò, an ſub his verbis, *Et autres conventions qui ſeroient faites ſous les ſeings & ſceaux des parties*, comprehendantur omnia manu ſcripta, & non tantùm chirographa, ſed etiàm opiſtographa, ſyngrapha, & olographa? de quibus doctè & eleganter meminit Alexander ab Alexand. *c* Item chartæ deletitiæ, apochæ, antapochæ, epiſtolæ, reſcriptiones, & omnia alia id genus ſcripta, quæ nullâ tabellionum vel ſigillorum authenticorum publicâ approbatione muniuntur? Secundò, quid de ſcripturis privatis nullam cauſam habentibus, & utrùm deficien-

c *Genial. dier. lib. 2, cap. 30.*

Series præcipuorum capitum, quæ

hors leur territoire, & ſigné néanmoins des parties, ou écrit de leur main ; ſi en ce cas il doit paſſer du moins pour une obligation ſous ſeing-privé, qui ſoit compriſe dans cette ſeconde partie de l'ordonnance. 4. Ce qu'il faut juger de l'obligation ſouſcrite par erreur pour un autre acte, & ſi cette erreur ſe peut prouver par témoins. 5. Du prêt civil, & de l'obligation pour cauſe de prêt, ſi on peut prouver que ce n'eſt point un prêt, mais une autre cauſe qui y a donné lieu. 6. Des livres des marchands.

---

tem hanc cauſam teſtibus probare liceat? Tertiò, quid de inſtrumento per notarios, extrà territorium recepto, à parte tamen ſubſignato, vel reſcripto? & an valeat, ſaltèm, ut privata cautio, ſub hâc lege comprehenſa? Quartò, quid de cautione per errorem ſubſcriptâ, quam ſubſcribens, aliam putabat; & utrùm errorem hunc teſtibus probare liceat? Quintò, quid de mutuo civili, & de cautione pro mutuo cauſatâ? utrùm, & quomodo, aliam fuiſſe cauſam probare permittatur? Sextò, quid de libris mercatorum? *hâc ſecundâ parte continentur.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE I.

SOMMAIRE.

1. 1° *Que l'écriture privée fait foi par elle-même ;* 2° *que l'ordonnance de Moulins n'exclut pas entiérement la preuve par témoins.*
2. *La novelle* 73 *ne fait point de cas de la comparaiſon d'écriture.*
3. *Nulle loi n'admet la preuve de la comparaiſon d'écritures comme une preuve certaine.*
4. *Exemple du peu de certitude de la comparaiſon d'écritures dans la novelle* 73.
5. *Ce que c'eſt qu'un commencement de preuve par écrit.*
6. *Exemple tiré de Bacquet.*
7. *Autre exemple tiré de l'uſage.*
8. *Autre exemple tiré des Obſervations de Vrevin ſur l'article* 54 *de l'ordonnance de Moulins.*
9. *Sentiment de Vrevin, de Mornac, & autres qui prétendent*

que le moindre commencement de preuve par écrit ſuffit pour faire admettre celle par témoins.

10. *Réflexion ſur cette déciſion.*

11. *Explication judicieuſe de Montérentius, ſur ce ſujet; & conſéquence tirée de ce que dit Theveneau ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins.*

12. *Autres réflexions.*

13. *De quelle qualité doit être un commencement de preuve par écrit.*

14. *Exemples tirés de Chaſſanée ſur les Reſcrits d'Alexandre Sévere, & de Loyſeau.*

15. *Idée plus préciſe de ce qui doit paſſer pour un commencement de preuve par écrit.*

16. *Diſtinction ſur ce ſujet; eſpece récente concernant l'adjudication de la terre de Cormeilles au ſieur Odouart de Belmont.*

17. *Sentiment d'Anſelmo ſur l'édit perpétuel, concernant la preuve mixte, c'eſt-à-dire par écrit & par témoins, tout enſemble.*

18. *En Haynaut l'ordonnance de* 1667 *obſervée.*

19. *Sentiment de Carpanus ſur le ſtatut* 88 *de Milan.*

20. *Uſage de Portugal & de Bologne en Italie, ſur le commencement de preuve par écrit.*

21. *Si ce qui eſt écrit par notes, ou par chiffres, eſt une preuve par écrit, ou un commencement de preuve par écrit.*

22. *Différence entre ces mots,* Notæ vel ſigna, & ſingulariæ litteræ. *Exemples rapportés par M. Cujas.*

23. *Exemples tirés des loix ſur ce ſujet.*

24. *Auteurs qui ont écrit ſur cette matiere.*

25. *Déciſions oppoſées d'Anſelmo, & de Joan. Romélius, ſur cette queſtion.*

26. *De l'*Et cætera *des notaires; en quel cas il peut être étendu. Maxime & arrêt ſur ce ſujet.*

27. *Conſéquences tirées de cette juriſprudence, par rapport à la queſtion concernant les notaires & les chiffres.*

28. *Diſtinction à l'égard des abbréviations.*

29. *L'ordonnance de Moulins, & celle de* 1667 *n'excluent point les préſomptions de droit.*

DANS ce Chapitre on peut remarquer deux choſes conſidérables, à l'égard de cette ſeconde partie de l'ordonnance de Moulins, après Boiceau, lequel y propoſe

poſe ſix queſtions que l'on examinera, ſuivant le même ordre, dans la ſuite de cet ouvrage, auſſi-bien que les autres qu'il y a ajoûtées, comme à l'égard des obligations non écrites entre marchands, que l'on appelle *tailles & mereaux*, dont il a traité, au chapitre 9; celles qui concernent l'exécution des obligations & conventions rédigées par écrit au chapitre 10, & celles qui regardent la preuve des payemens au dernier chapitre de ce Traité.

1. La premiere remarque générale eſt que l'écriture privée fait foi ſouvent toute ſeule, & par elle-même; quelquefois elle fait ſeulement un ſimple commencement de preuve par écrit.

La ſeconde remarque générale eſt que l'ordonnance de Moulins n'exclut pas, en toutes ſortes de cas, la preuve teſtimoniale; mais elle l'exclut, quand elle n'eſt appuyée d'aucune autre préſomption de droit.

A l'égard de la premiere obſervation, l'ordonnance de Moulins eſt, en ce point, conforme à celle de 1667, quoiqu'elle ne s'exprime pas en mêmes termes, puiſqu'elle n'exclut point les conventions rédigées par écrit, quoique ſous ſignature privée, & qu'elle les admet comme tenant lieu de preuve; ce qui n'a lieu pourtant que quand l'écriture ou la ſignature ne ſont point conteſtées, & qu'elles ſont reconnues pour véritables par les parties [*]; car ſi

[*] Les actes ſous ſignature privée, ordinaires, font la même foi contre ceux qui les ont ſouſcrits, leurs héritiers ou ſucceſſeurs, que les actes authentiques. Mais il y a cette difference entre ces actes, & les actes authentiques, que ceux-ci ne ſont ſujets à aucune reconnoiſſance; au lieu que le créancier ne peut, en vertu d'un acte ſous ſignature privée, obtenir aucune condamnation contre celui qui l'a ſouſcrit, ſes héritiers ou ſucceſſeurs, qu'il n'ait préalablement conclu à la reconnoiſſance de l'acte, & fait ſtatuer ſur cette reconnoiſſance. Voyez l'Edit de Décembre 1684, qui régle les procédures qui doivent s'obſerver à cet égard. La Déclaration du 15 Mai 1703 fait une exception pour les juriſdictions conſulaires.

Ecriture privée, dit Bornier, (Conſér. de l'ord. de 1667,) eſt celle qui eſt écrite ou ſignée de la main de quelque perſonne, ſans notaire: bien qu'il y eût des témoins, & qu'un notaire y fût préſent, même un magiſtrat, l'écriture ne ſeroit pas publique, ſi le notaire ou le magiſtrat n'y intervenoient en qualité de perſonnes publiques.

Les actes ſous ſignature privée, de même que les authentiques, ne font pas foi contre les tiers, ſinon que la choſe contenue dans l'acte s'eſt effectivement paſſée, *probant rem ipſam*. Mais ils ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci ayant une date conſtante par le témoignage de l'officier public qui a reçu l'acte, font foi contre les tiers, que la choſe contenue dans l'acte, s'eſt paſſée dans le tems porté par l'acte; au lieu que les actes ſous ſignature privée, étant ſujets à être antidatés, ne font ordinairement foi contre les tiers, que

celui de la main de qui on prétend qu'elles ſont écrites; ſoutient qu'elles ne ſont pas de lui, ces écritures privées doivent être vérifiées avant de pouvoir tenir lieu de commencement de preuve par écrit contre lui; & Charondas, l. 3, Reſp. chap. 52, cite un arrêt de la chambre de l'édit du 2 Juillet 1583, qui jugea que la preuve par témoins n'étoit pas recevable contre la teneur d'une convention ſous ſeing-privé.

2. Or, quant à la comparaiſon d'écritures, il eſt à remarquer que la Novelle 73 en fait peu de cas, parce que, dit-elle, cette reſſemblance d'écriture, dont on tire un argument, eſt ſuſpecte en ce qu'une même perſonne écrit différemment dans les différens âges de ſa vie, ou quand il eſt malade, ou par pluſieurs autres cauſes; c'eſt pourquoi cette Novelle, après avoir ordonné à ceux qui font un dépôt, ou qui prêtent de l'argent, de faire ſigner l'acte par trois témoins, elle ajoûte que ce n'eſt pas que la comparaiſon d'écritures ſoit entiérement à rejetter, mais parce qu'elle ne ſuffit pas ſeule, & qu'elle doit être appuyée du témoignage de trois témoins, qui certifient avoir vu ſigner l'acte. Cette Novelle préfere même la preuve par témoins, toute ſuſpecte qu'elle eſt, à la preuve par comparaiſon d'écriture, & veut que celui qui y a recours, faſſe ſerment que c'eſt faute d'autre preuve, qu'il ſe ſert de celle-là; mais cette Novelle n'eſt pas conforme à l'ordonnance de Moulins, ni à celle de 1667, en ce qu'elle ordonne que les actes privés doivent être ſignés de trois témoins, & en ce qu'elle ajoûte que ſi quelqu'un veut faire un acte ſans le rédiger par écrit, il peut prouver par témoins, que ce contrat, ou acte, a été fait, ou en déférant le ſerment à celui qui nie qu'il ait été fait.

Non quòd penitùs rejicienda ſit ipſa ſcripturæ per comparationem examinatio: Sèd quia ſola non ſufficit & per acceſſionem teſtium confirmanda eſt.

Et is qui hæc fieri deſiderat juramento, quòd omni alia probatione deſtitutus, ad inſtrumentorum inter ſe comparationem devenerit.

3. Il eſt encore certain que nulle loi n'a reçu la comparaiſon d'écritures, comme une preuve authentique, & à laquelle on ſoit obligé d'ajoûter foi. L'excellente diſſertation faite ſur ce ſujet par M. le Vahier, avocat, dans

la choſe qu'ils renferment s'eſt paſſée, ſinon du jour qu'ils ſont rapportés & produits à ces tiers.

Si néanmoins l'acte ſous ſignature privée avoit une date conſtatée, tant par le décès de quelqu'une des parties qui l'auroient ſouſcrit, il feroit foi, même contre un tiers, que la choſe contenue dans l'acte s'étoit déja paſſée, au moins au tems de la mort de la partie qui l'a ſouſcrit.

la cauſe fameuſe de Jean Maillard, prouve invinciblement cette vérité ; & il fait voir que la conſéquence qu'on tire de la comparaiſon d'écriture n'eſt qu'un argument *à ſimili*, qui n'eſt pas démonſtratif, parce que ce n'eſt pas une maxime certaine que toute écriture, qui ſe reſſemble, ſoit écrite de la même main, non plus qu'il n'eſt pas certain que toute écriture diſſemblable ſoit d'une main différente, l'une & l'autre pouvant être l'effet de l'imitation affectée par un fauſſaire qui a enfin appris à la contrefaire.

4. Auſſi Juſtinien, dans la Novelle ci-deſſus rapportée ſur ce ſujet, dit que de ſon tems deux écritures jugées fauſſes par les experts, furent reconnues véritables par ceux qui les avoient effectivement écrites.

5. Mais il faut ſçavoir ce que l'ordonnance de 1667 appelle préciſément *un commencement de preuve par écrit* : or il eſt certain que toute écriture privée de l'un de ceux qui a intérêt dans le fait qu'il s'agit de prouver, quand cette écriture concerne préciſément le fait en queſtion, eſt un commencement de preuve par écrit, ſuppoſé néanmoins qu'on puiſſe préſumer qu'elle a été écrite avec réflexion.

6. Bacquet, chap. 15, Droit de juſtice, nomb. 66, en fournit un exemple. Une femme avoit ſtipulé par ſon contrat de mariage la faculté de reprendre ſa dot, en cas de renonciation à la communauté ; & elle n'avoit point fait inventaire des choſes qu'elle avoit apportées en dot. Le mari étant malade, déclara par acte devant notaires, qu'elle lui avoit apporté trois cens écus pour partie de ſa dot : on diſoit que cette déclaration étoit un avantage indirect : on jugea ſeulement que c'étoit un commencement de preuve par écrit, & on admit la femme à la preuve par témoins.

7. Voici un autre exemple tiré de l'uſage, au dos ou en marge d'une obligation ou d'une promeſſe : le créancier, au profit duquel elles ſont conçues, a écrit qu'il a reçu une certaine ſomme du débiteur ſans y appoſer ſa ſignature ; ſi le débiteur, qui n'a point d'autre quittance de cette ſomme qu'il a payée, trouve cette obligation ou promeſſe ſur laquelle ce reçu eſt écrit ſous le ſcellé appoſé ſur les effets de ce créancier, ou qu'il les faſſe compulſer en l'état qu'elles ſont entre les mains de ſes héritiers, il eſt

certain qu'en faiſant vérifier cette écriture par experts, (ſi elle eſt déniée,) elle fera enſuite une preuve contre l'héritier, que le débiteur a payé cette ſomme, d'autant plus qu'il eſt de l'uſage de mettre de pareils reçus ſur une obligation, ou ſur une promeſſe, ſans les ſigner & ſans donner une quittance ſéparée, ſi le débiteur fait ſucceſſivement pluſieurs payemens ſur l'obligation. Mais ſi ces reçus ſe trouvent ſur un papier volant, qui n'eſt point ſigné du créancier, & qui eſt pourtant écrit de ſa main; quoiqu'écrit de ſa main, il eſt conſtant que ſi ces reçus ſont datés, & que le créancier y ait rappellé l'obligation, ou la promeſſe en queſtion, cet écrit n'eſt pas une preuve complette du payement; mais c'eſt ce qui ſe peut appeller *un commencement de preuve par écrit* en faveur du débiteur, lequel, s'il a connoiſſance de cet écrit, peut demander en conſéquence d'être reçu à prouver par témoins, que les payemens qui y ſont mentionnés, ſont véritables [*]. Que ſi cet écrit privé, & non ſigné, eſt ambigu, indéfini, & peut ne pas s'entendre de l'obligation, ou promeſſe en queſtion, ſoit qu'elles n'y ſoient énoncées qu'en termes obſcurs, ou autrement; en ce cas cet écrit ne peut paſſer pour un commencement de preuve par écrit, qui puiſſe faire admettre la preuve par témoins, parce que ce qui y eſt énoncé, ne faiſant aucune preuve de ce dont il s'agit, n'en feroit pas non plus après qu'il auroit été reconnu pour être écrit de la main de cette perſonne.

8. Vrevin, chap. 9 de ſes Obſervations ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, rapporte un troiſieme exemple. Magdeleine du Crocq, veuve d'Antoine Vredin, aſſignée pour ſe voir condamner à payer à Antoine Couart pluſieurs ſommes pour vente de pluſieurs piéces de vin qu'il prétendoit avoir livrées ſéparément à ſon mari; cette veuve reconnut volontairement, & par écrit, la vérité de la dette: on demanda ſi cette reconnoiſſance étoit un commencement de preuve par écrit, au regard des héri-

[*] M. Potier, Tr. des Oblig. tit. 2, n. 771, penſe auſſi qu'un billet écrit de la main du débiteur, & daté, mais non ſigné, par lequel il reconnoît le prêt d'une certaine ſomme, quoiqu'il ne ſoit pas ſuffiſant pour juſtifier le prêt, peut cependant, ſuivant les circonſtances, former un commencement de preuve par écrit, qui doit faire admettre à la preuve par témoins.

tiers de ſon mari débiteur, aſſignés pour payer leur part des ſommes demandées par Couart, créancier, & ſi cela ſuffiſoit pour faire accorder la preuve par témoins? Vrevin dit que cette reconnoiſſance de la veuve tenoit lieu de commencement de preuve par écrit contre les héritiers du mari; & il ajoûte qu'en conſéquence de cette reconnoiſſance, le lieutenant général de Chaulni ayant admis la preuve par témoins, ſa ſentence fut confirmée par arrêt. La raiſon qu'il rapporte eſt que, quoique cette reconnoiſſance ne pût tenir lieu de preuve entiere & parfaite de la dette, au préjudice des héritiers du mari, ſuivant la maxime ordinaire, *Res inter alios acta non nocet*, cette régle ne doit s'entendre qu'en ce qui concerne le fond de la conteſtation, & non pas en ce qui ne regarde que la procédure & l'inſtruction, dans leſquelles on peut dire que la reconnoiſſance d'un de ceux qui ſont aſſignés pour un même fait, auquel ils ont un égal intérêt, fait préjudice à l'autre, ſuivant que l'on peut conclure de la loi *Si duo*, *ff. de Jurejur.* & de la loi *A Sententiâ*, *ff.* 49, *de Appellationibus*. Outre, dit-il, qu'il y avoit lieu de préſumer que la veuve avoit connu, par la communication que ſon mari lui avoit faite de ſes affaires, que cette dette étoit juſte.

In deciſoriis non in ordinatoriis.

9. Vrevin conclut de-là que cette reconnoiſſance de la veuve ſuffiſoit pour adoucir la rigueur de l'ordonnance de Moulins, en haine de laquelle, ajoûte-t-il, attendu qu'elle reſtreint la preuve à une ſeule eſpece, le moindre commencement de preuve par écrit ſuffit pour faire admettre la preuve par témoins. Au ſujet de ces derniers mots de Vrevin, on peut ajoûter le ſentiment de Mornac, *ad l. Cert. ff. Quoniam de rebus cred.* qui dit auſſi que l'ordonnance de Moulins n'a point défendu la preuve par témoins au-deſſus de cent livres, s'il y a la moindre preuve de la choſe qui eſt en conteſtation, par quelque écrit auquel on puiſſe ajoûter foi, parce que cette rigueur de l'ordonnance n'a été preſcrite qu'à cauſe de la facilité des témoins. Pluſieurs autres juriſconſultes ſont auſſi de cet avis, parce que, diſent-ils, l'ordonnance de Moulins eſt contraire au droit commun, en ce qu'elle reſtreint les preuves; & c'eſt ſur le fondement de ces déciſions générales que les juges ſe ſont crus en droit d'admettre la preuve

Prohibita non eſt edicto regio probatio per teſtes in ſummâ quæ centum libras ſuperat, ſi vel tantilùm ſcripto, cui fides adhibeatur, de re controverſâ conſtiterit, cùm ſummum illud jus invectum ſit in mores Gallicos ob teſtium facilitatem.

par témoins, ſur le moindre commencement de preuve par écrit.

10. Mais cette déciſion eſt très-dangereuſe à ſuivre dans l'uſage; & ceux qui ont parlé ainſi, auroient dû expliquer en même tems en quoi ils font conſiſter ce qu'ils appellent le moindre commencement de preuve par écrit; car l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 3, a dit ſimplement, *commencement de preuve par écrit;* & il n'y a nulle apparence qu'elle ait entendu que le moindre écrit fût ſuffiſant; au contraire, il y a tout lieu de préſumer qu'elle a entendu qu'il falloit que ce fût quelque écrit précis, & auquel il ne manquât plus que la forme pour faire une preuve entiere; autrement ce ſeroit ouvrir la porte aux fraudes; & rien ne ſeroit plus aiſé que d'éluder la prohibition de l'ordonnance, puiſque ſi le moindre écrit ſuffiſoit pour faire admettre la preuve par témoins, il s'en trouveroit toujours de ſuffiſans de la part ce ceux qui ſeroient d'aſſez mauvaiſe foi pour demander ce qui ne leur ſeroit pas dû.

Poſſint tamèn teſtes, ultrà dictas ſummas ad coadjuvationem ſcripturæ publicæ vel alterius cui de jure vel ex form i ſtatutorum civitatis Bononienſis, fides debeat adhiberi, admitti potèt aliàs de jure amittere-tur.

11. C'eſt ce qui a été fort bien entendu par Montérentius, qui a commenté les ſtatuts de la ville de Boulogne-la-Graſſe en Italie, expliquant le ſtatut qui parle de la preuve des payemens, qui dit que la preuve par témoins d'un payement n'eſt pas permiſe quand l'obligation eſt en forme authentique, & qu'il s'agit d'une ſomme qui excede cinquante livres, monnoie de Boulogne, néanmoins la preuve par témoins ſera reçue en ce cas, s'il y a un acte par écrit qui juſtifie le payement, ou quelqu'autre écriture à laquelle on ait coutume d'ajoûter foi. Cet auteur, ſur ce mot *poſſint*, dit que l'exception admiſe par ce ſtatut, que la preuve d'un payement par une écriture privée, ſoutenue & confirmée par la preuve par témoins, a lieu, quand cette écriture privée mérite quelque foi par elle-même; enſorte qu'en ce cas la preuve devient mixte, c'eſt-à-dire, elle ſe fait, tant par cette écriture privée, que par la dépoſition des témoins; & c'eſt pourquoi ce ſtatut appelle la preuve par témoins, en ce cas le ſecours de la preuve par écrit, *coadjuvatio ſcripturæ.* Autre choſe ſeroit, dit-il, ſi cette écriture privée (qui fait mention du payement,) ne méritoit aucune foi par elle-même,

Procedet quandò ſcriptura producta fidem aliquam faciat, ità quod pro-

parce qu'en ce cas, dit-il, la preuve ne ſeroit plus mixte, puiſqu'elle dépendroit uniquement de la dépoſition des témoins, & non point de cette écriture privée ; autrement, continue-t-il, il ſeroit fort aiſé de commettre des fraudes pour contrevenir au ſtatut, parce que celui qui voudroit ſe ménager les moyens d'obtenir la preuve par témoins en ce cas, pourroit, ſuivant qu'il aviſeroit, faire quelque écriture privée, & la produire, en offrant d'en juſtifier la foi par des témoins (qu'il auroit ſubornés ;) ce qui ne peut être avancé, ainſi que ſoutient Alexandre en ſon conſeil 36, liv. 5.

batio ſit mixta & hoc ſtatutum dicit, dum loquitur de coadjuvatione ſcripturæ. Secùs ſi privata ſcriptura nullam faceret probationem, quiâ tunc tota probatio teſtibus attribueretur; aliàs de facili poſſet fraus committi, quiâ ille qui vellet probare teſtibus, ſemper poſſet facere ſcripturam privatam & illam cum teſtibus ſimul producere, quod non eſt dicendum.

Théveneau, ſur ces mots *écritures privées*, de l'art. 54 de Moulins, dit à-peu-près la même choſe. Ces termes s'entendent, dit il, des écritures privées des parties, & non d'autres ; encore que la gloſe du chapitre 2, *de Fide inſtrum.* donne pareille efficace aux écritures des autres, ſi elles ont été faites par l'ordre de celui qui y eſt obligé par ſes écritures privées, quoiqu'ils ne les aient point ſignées, laquelle gloſe eſt ſuivie, (continue-t-il,) par Imola & Félinus, pourvu que les témoins dépoſent que cette écriture privée a été faite en leur préſence, par l'ordre de cette perſonne ; & Innocent veut qu'en ce cas les témoins aient ſigné & ſouſcrit : or, ſi cela avoit lieu, continue fort bien Théveneau, ce ſeroit un moyen d'éluder l'ordonnance ès choſes qui excedent cent livres ; car pour étayer une preuve, (ce ſont ſes termes,) une tierce perſonne feroit une écriture, laquelle il ſeroit facile de vérifier par témoins apoſtés, qu'elle a été faite par le mandement de la partie ; ce qui ſeroit de très-dangereuſe conſéquence, & principalement au ſiécle où nous vivons, pour à quoi obvier, cette ordonnance a été faite, & celle qui veut que les parties ſignent, ou déclarent par-devant notaires, qu'elles ne ſçavent ſigner ; & quoique Théveneau ne parle point en cet endroit nommément du commencement de preuve par écrit, dont l'ordonnance de Moulins ne parloit pas préciſément, néanmoins on peut dire, à plus forte raiſon, après lui, que ſi l'écriture d'un autre, quoique faite par ſon ordre, atteſtée par le témoignage de deux témoins, ne ſuffiroit pas, ſuivant nos mœurs, pour l'obliger ; de même une écriture, qui n'eſt pas de la main de celui contre lequel on

demande à faire la preuve, de quelque maniere qu'elle ſoit, & quoique faite par ſon ordre, ne doit pas ſuffire auſſi pour tenir lieu contre lui de commencement de preuve par écrit, à l'effet de faire admettre la preuve par témoins, parce que ce ſeroit donner lieu aux fraudes de ceux qui, n'ayant point de preuve par écrit, ſe ménageroient ainſi un commencement de preuve par écrit, à l'effet d'obtenir enſuite la preuve par témoins d'une convention fauſſe & ſuppoſée; ce qui ſeroit contre l'eſprit de l'ordonnance de 1667.

12. En effet, à bien examiner l'eſprit de l'ordonnance de 1667, il ſemble qu'on peut regarder un commencement de preuve par écrit, au moins comme une demi-preuve, ou une preuve imparfaite du fait dont il s'agit, c'eſt-à-dire comme quelque choſe de plus qu'une ſimple préſomption de droit, parce qu'une ſimple préſomption de droit n'eſt pas un commencement de preuve, à proprement parler; ce n'eſt qu'une conjecture qui peut être, & qui eſt ſouvent fauſſe. Mais qui dit un commencement de preuve, marque déja quelque choſe de certain, & ſur la vérité duquel on peut compter, quoiqu'il n'y en ait pas aſſez pour ſe déterminer; c'eſt pourquoi l'ordonnance n'a pas permis la preuve par témoins, dans les cas où il y a une préſomption, ou même lorſqu'il y a pluſieurs préſomptions de la vérité d'un certain fait; ce qu'elle auroit pu faire, ſi elle n'eût pas jugé dangereux de s'expliquer ainſi. Mais elle a voulu qu'il y eût déja une preuve de commencée, & que cette preuve fût par écrit; elle a laiſſé ſeulement au juge à déterminer de quelle qualité devoit être ce commencement de preuve par écrit; & bien loin que la rigueur de l'ordonnance doive être adoucie, comme odieuſe, ainſi que diſent Vrevin, Mornac, & pluſieurs autres, en ce qu'elle reſtreint la preuve, ſa diſpoſition, au contraire, eſt toute favorable, & le ſera toujours, tant qu'il y aura à craindre de la facilité des témoins. En un mot, ce ſeroit un abus de croire que ſur une ſimple énonciation, quelle qu'elle ſoit, parce qu'elle ſe trouve rédigée par écrit, on doive donner atteinte à la diſpoſition de l'ordonnance, ſi ſage & ſi utile au public: il eſt vrai qu'il eſt difficile de déterminer ce qui doit paſſer pour un commencement

mencement de preuve par écrit, quoiqu'il ſoit très-important de le bien ſçavoir.

13. Boiceau, ni tous ceux qui ont traité de cette matiere, n'en ont rien dit, parce que l'ordonnance de Moulins n'en a point parlé préciſément. Et ſans entreprendre de rien décider ſur un point ſi difficile, parce qu'il eſt preſqu'entiérement arbitraire, il ſemble premiérement, que la raiſon veut que ce qui doit tenir lieu de commencement de preuve par écrit, ſoit écrit de la main de quelqu'un de ceux qui ont quelque intérêt dans la conteſtation; mais il n'importe qu'il ſoit écrit avant, lors, ou depuis qu'elle eſt intentée. Secondement, cet écrit doit concerner le fait dont il s'agit; ou du moins quelques circonſtances déciſives y doivent être énoncées. Troiſiémement, il ne doit rien contenir d'oppoſé & de contraire à l'intention de celui qui s'en ſert, parce que c'eſt une maxime que celui qui produit une piéce en ſa faveur, eſt cenſé l'approuver dans toutes ſes parties, & ne peut plus la rejetter. Quatriémement, il doit s'accorder avec les circonſtances manifeſtes du fait, parce que la vérité eſt une, & ne ſe peut diviſer; enfin il ne doit y avoir nulle ſuſpicion qu'il ait été fabriqué exprès, & après coup, par celui qui s'en ſert, ou par ſon ordre, pour ſe préparer un commencement de preuve par écrit, à l'effet d'obtenir la preuve par témoins [*].

14. Et pour rendre ces maximes ſenſibles par un exemple, il y en a un rapporté par Chaſſanée, dans l'excellent Commentaire qu'il a fait ſur les Reſcrits de l'empereur Alexandre Severe, *ad l. Sibi, Cod. de Teſtibus*, qui peut ſervir de modele en pareil cas. Chaſſanée, après avoir dit que la preuve par temoins a été défendue par l'ordonnance de Charles IX, ajoûte que, ſi néanmoins il y a quelque commencement de preuve par écrit, on peut y ajoûter *Sed ſi tamen aliqua ex ſcripto adminicula ſuppetant,*

[*] L'auteur des Principes de la Juriſp. Franç. tom. 2, *des Excep.* n. 628, définit le commencement de preuve par écrit, un écrit qui prouve ſeulement, ou un fait préparatoire à la convention, ou une partie de la convention, ſans prouver l'autre, ou quelque ſuite de la convention.

Lorſque le fait prouvé par l'écrit qu'on rapporte, eſt lié avec la convention dont il s'agit, c'eſt un commencement de preuve par écrit. Si la liaiſon n'étoit pas ſeulement vraiſemblable, mais qu'elle fût abſolumeut néceſſaire, ce ſeroit une preuve complette.

J'ai vu agiter la queſtion, ſi une rec

possunt testibus argumenta confirmari, & ità ex Senatusconsulto Parisiensi agente me, cùm pars cui aderam depositum certæ pecuniæ repeteret, & scelam epistolam adversarii proferret, quâ significaverat se satisfacturum in his quæ sciret, nec debiti tamèn mentionem fecisset, aut causam ullam vel summam demonstrasset; evici hujus scripturæ tenorem sufficere ut de cætero possit testibus intentio firmari.

la preuve par témoins ; & il ajoûte que, lui plaidant pour un particulier qui avoit dépoſé une certaine ſomme d'argent entre les mains d'un autre qui nioit de l'avoir reçu, & ſa partie ne rapportant pour toute preuve qu'une Lettre de cette perſonne, par laquelle elle lui mandoit qu'elle le ſatisferoit ſur ce qu'elle ſçavoit bien, ſans faire aucune mention qu'elle lui dût aucune choſe, ni ſans expliquer pourquoi, ni pour quelle ſomme elle lui faiſoit cette promeſſe, il fut jugé par arrêt du parlement de Paris, que cette Lettre étoit un commencement de preuve par écrit, ſuffiſant pour faire admettre ſa partie à la preuve par témoins de la vérité de ce dépôt. Dans cette eſpece, il faut remarquer premiérement, que cette Lettre étoit écrite par le défendeur qui dénioit le dépôt pour la reſtitution duquel il étoit aſſigné. Secondement, cette Lettre étoit écrite au demandeur qui avoit fait le dépôt. Troiſiémement, elle parloit même du dépôt en termes généraux, quoiqu'obſcurs & ambigus. Quatriémement, par ces mots, *Je vous ſatisferai ſur ce que vous ſçavez*, il y avoit un fait certain prouvé, ſçavoir que le défendeur qui l'avoit écrite, devoit une ſomme, ou étoit engagé de faire quelque choſe en faveur du demandeur : & parce qu'il étoit incertain ſi c'étoit du dépôt dont il avoit entendu parler, ou de quelqu'autre dette, ou même parce que ces termes vagues & indéfinis donnoient un juſte lieu de ſoupçonner qu'il avoit affecté de s'expliquer ainſi obſcurément, pour ne don-

connoiſſance donnée par une femme non autoriſée pouvoit ſervir de commencement de preuve par écrit, quelqu'un ſoutenoit la négative, & prétendoit qu'un commencement de preuve par écrit doit être un acte qui, s'il étoit parfait, feroit une preuve. Cette déciſion ne vaut rien, & n'entre pas dans les principes de la matiere. Il ne s'agit pas dans cette occaſion de décider de la validité d'un acte, & d'en fixer les effets, mais de découvrir la vérité d'un fait. L'intention de l'ordonnance n'a été que d'exclure la preuve par témoins dont la dépoſition peut être ſubornée & dictée pour la cauſe, & de ne s'en rapporter qu'à l'écriture qui, étant antérieure à la contestation, & invariable, doit être moins ſuſpecte. Elle n'a pas ſeulement admis le témoignage de l'écrit qui prouve directement le fait, mais encore de celui dont on pourroit tirer quelqu'induction, & qui fourniroit quelqu'indice, quoique d'une maniere moins directe & moins préciſe ; c'eſt ce qu'elle appelle *un commencement de preuve*. Les principales conditions qu'on peut lui demander ſont, qu'il ait rapport au fait en queſtion, & qu'il parte de perſonnes non ſuſpectes : ainſi je ſerois porté à croire que la reconnoiſſance d'une femme non autoriſée peut ſervir de commencement de preuve par écrit, ſi d'ailleurs elle n'eſt point ſoupçonnée de connivence avec un créancier ſimulé.

ner au demandeur un titre contre lui, touchant ce dépôt; il réſultoit de tout cela ce qui s'appelloit *un véritable commencement de preuve par écrit*, & non pas une preuve parfaite du dépôt; ainſi la preuve par témoins étoit admiſſible. J'ajoûte que cette preuve auroit auſſi dû être accordée, quand cette lettre ne ſe ſeroit pas adreſſée au demandeur, mais à quelqu'autre perſonne; parce que ce qui faiſoit dans cette eſpece le commencement de preuve par écrit, étoit la reconnoiſſance tacite du défendeur qu'il devoit quelque choſe au demandeur.

Loyſeau, des Offices, liv. 1, chap. 11, nomb. 61, rapporte un autre exemple de commencement de preuve par écrit, encore plus précis. Il dit que, ſous prétexte que le réſignataire d'un office eſt nanti de la procuration pour réſigner, du réſignant, il ne doit pas témérairement payer le prix de cet, office ſans en tirer quittance, ou faire un compromis par écrit, parce que cette procuration eſt révocable juſqu'à ce que le titulaire ſoit pourvu. Il ajoûte que néanmoins, en ce cas, il eſtime que le réſignataire ſe trouvant ſaiſi de la procuration du réſignant, ſeroit recevable, nonobſtant l'ordonnance de Moulins, à vérifier par témoins qu'il a acheté & payé cet office, parce que cette procuration eſt un commencement de preuve par écrit, qui, partant, ſe peut parfaire par témoins, (ce ſont ſes mots,) comme on tient en pratique.

Dans cette eſpece, la procuration eſt un acte ſigné du réſignant, elle ne parle point de la vente de l'office: & encore moins du payement du prix; mais elle a trait à l'un & à l'autre; car le titulaire qui paſſe à un tiers une procuration pour réſigner, eſt cenſé en avoir traité avec lui, ou être ſur le point d'en traiter, moyennant un certain prix; & quoique cette procuration ſoit révocable, néanmoins tout acte étant préſumé fait à deſſein d'être exécuté, la préſomption eſt que cette exécution a ſuivi, c'eſt-à-dire la vente de l'office, & le payement du prix: or l'exécution d'une convention ſe peut prouver par témoins, ainſi qu'il ſera montré ci-après, chapitre 10.

15. Enfin, pour donner une idée encore plus préciſe de ce qu'on doit appeller *un commencement de preuve par*

écrit, il ſemble qu'on pourroit regarder cette exception de l'ordonnance de 1667, comme les juriſconſultes regardent la dépoſition d'un témoin en matiere criminelle, quand elle eſt unique, ils conviennent tous que cette dépoſition ſeule, quelque préciſe qu'elle ſoit, ne fait point une preuve entiere, mais ce qu'ils appellent *une demi-preuve* [*]; & que quand elle eſt ſoutenue par d'autres préſomptions, ſi elles ſont du nombre de celles que l'on appelle *de droit, & autoriſées par le droit*, elles ſuffiſent pour décider. Si, au contraire ce ſont de ſimples préſomptions, cette dépoſition ne ſuffit pas : il faut informer plus amplement ; mais du moins cette dépoſition ſeule d'un témoin ſuffit toujours pour donner lieu au juge de prononcer un plus amplement informé, quand il n'y auroit même aucune autre préſomption, ni d'autre preuve du fait que cette dépoſition. Mais pour cela il faut, 1.° que ce témoin parle préciſément du fait en queſtion ; de telle ſorte qu'il y ait lieu de préſumer que la choſe s'eſt paſſée ainſi qu'il la rapporte. 2.° Il faut que ſa dépoſition ne ſoit pas détruite par quelqu'autre circonſtance certaine, & manifeſtement contraire. Enfin il faut que ce témoin ne ſoit point ſuſpect, & que ce qu'il dépoſe ſoit vraiſemblable, & ne ſe détruiſe point lui-même par ſa variation ; car quoique ce qu'il dit ſoit obſcur, & qu'il ne paroiſſe pas informé de tout le détail, il ſuffit que ſa dépoſition laiſſe entrevoir la vérité, pour qu'elle mérite d'être approfondie : ainſi eſt-il du commencement de preuve par écrit. 1. Il faut que l'écrit qu'on rapporte, parle préciſément du fait qu'il s'agit de prouver ; car s'il ne parle que d'un fait étranger, duquel, par induction, on prétend tirer la vérité de celui dont il s'agit, cela ne ſuffiroit pas, parce que ce ſeroit admettre toutes ſortes d'écrits vagues & indéfinis, & ouvrir la porte à la multiplicité des faits que le raiſonnement pourroit trouver pour faire voir la liaiſon & la dépendance de ce fait étranger avec celui qu'il s'agit de prouver ; ce qui eſt préciſément contraire à l'ordonnance de Moulins, & à celle de 1667, qui n'ont eu d'autre deſſein que de prévenir cette multiplicité des faits. 2. Ce

[*] Voyez à ce ſujet la note du n. 28 des Additions ſur le ch. 15.

que porte cet écrit, ne doit pas être manifeſtement contraire aux circonſtances certaines du fait ; car, comme il ne fait qu'une préſomption, & qu'une préſomption eſt aiſément détruite par une autre, ſi cet écrit eſt contraire à un fait certain & évident, il ne mérite plus aucune foi. L'énonciation de cet écrit doit être auſſi vraiſemblable ; car ſi elle ne l'eſt pas, elle ne mérite aucune foi : enfin elle ne doit pas être ſuſpecte, comme il a été dit ; car s'il y a ſujet de croire qu'elle ait été faite après coup, & à deſſein d'éluder la prohibition de l'ordonnance, elle doit être rejettée. Il ne doit auſſi y avoir rien d'oppoſé dans les termes de cette énonciation ; car la vérité ne peut ſe diviſer, puiſqu'elle ne conſiſte que dans l'unité du fait, la contrariété étant une marque certaine du menſonge & de la fauſſeté ; mais, quoique d'ailleurs cet écrit ne parle qu'en termes obſcurs, & ne faſſe mention que d'une partie du fait, c'eſt en cela même qu'il eſt un commencement de preuve par écrit, & qu'il doit ſervir à faire admettre la preuve par témoins ; & dans toutes ces occaſions, c'eſt à la prudence du juge à connoître quelle foi il doit ajoûter à cet écrit: il ſuffit de l'avertir ici, qu'en cherchant la vérité, il doit prendre garde d'ouvrir une porte aux faux témoins, s'il veut ſuivre l'eſprit de l'ordonnance, qui n'a eu deſſein que de les éviter.

16. Mais il y a encore une diſtinction importante à faire ſur ce ſujet, qu'il ne faut pas obmettre ; c'eſt qu'il faut faire grande différence entre les cas où il ne s'agit point d'aucune ſimulation ni d'aucune fraude, mais ſeulement de découvrir un fait incertain, & le cas auquel on articule préciſément le dol & la ſimulation. Dans le premier cas, ſi on rapporte un commencement de preuve par écrit du fait dont il s'agit de découvrir la vérité, le juge doit être plus circonſpect à examiner la foi de cet écrit, que dans le ſecond cas auquel on articule la fraude, parce que c'eſt la foi de cet écrit ſeul qui doit le déterminer à accorder, ou refuſer la preuve, & qu'il doit ſe défier qu'il n'y ait de la fraude de la part de celui qui le produit, lequel peut s'en ſervir comme d'un piége contre le défenſeur ; car il y a deux maximes à lui oppoſer. La premiere,

que tout demandeur devant prouver ce qu'il avance, du moment qu'il n'a pour lui qu'un ſimple commencement de preuve par écrit ; il ne rapporte pas une preuve ſuffiſante, telle que tout demandeur eſt obligé de rapporter ; & quoiqu'elle le puiſſe devenir dans la ſuite, jointe à la dépoſition des témoins, néanmoins cela eſt incertain : la préſomption juſques-là eſt donc pour le défendeur. La ſeconde eſt que la préſomption étant pour la libération du défendeur, lequel ne ſe trouve obligé par aucun acte en forme, il s'enſuit que le juge doit être plus porté à l'abſoudre faute de preuve, qu'à permettre la preuve par témoins contre lui, laquelle a été rejettée par l'ordonnance, comme ſuſpecte. Au contraire, quand il s'agit d'un fait frauduleux, objecté par celui qui demande à faire la preuve, lequel articule des circonſtances graves & préciſes, alors le moindre commencement de preuve par écrit ſuffit pour l'obtenir, parce qu'il eſt de maxime qu'en matiere de ſimulation & de dol, la preuve par témoins eſt permiſe, comme il a été prouvé dans le chapitre 7 des Contrats ſimulés ; & c'eſt ainſi que l'on peut entendre le ſentiment de Mornac, & autres ci-deſſus rapportés. Pour expliquer cette diſtinction par un exemple récent, on rapportera ici une eſpece jugée par une ſentence des requêtes du palais, du 13 Février 1696, laquelle a été confirmée par l'arrêt du parlement, du 19 Juin ſuivant : elle a été rendue entre dame Eléonore de Tuſſeau, marquiſe du Freſnoy, intimée, contre François Odoart, ſieur de Hazey, héritier de Philippe Odoart, ſieur de Belmont, ſon oncle, appellant ; & Me Jacques Langlois, receveur des conſignations des requêtes du palais, intervenant. Par cet arrêt, on a confirmé la ſentence, qui permettoit à l'intimée de faire preuve par témoins, que, nonobſtant l'adjudication faite à Philippe Odoart de la terre de Cormeilles, ſituée dans le Vexin, par ſentence des requêtes du palais, du 9 Septembre 1693, ſaiſie réellement ſur demoiſelle Anne-Louiſe de la Fontaine, la dame de la Fontaine avoit toujours joui de cette terre, ſous le nom de *Philippe Odoart*, & qu'elle en recevoit les fruits, & en avoit fait les baux ; que le ſieur Odoart lui avoit donné une déclaration par la-

quelle il reconnoiſſoit qu'il n'avoit fait que lui prêter ſon nom pour ſe faire adjuger cette terre à vil prix, & que, depuis l'adjudication, il n'avoit point pris le nom de Seigneur de cette terre ; que la dame de la Fontaine, peu après cette adjudication, avoit été en pourparler de revendre cette terre pour une ſomme beaucoup plus forte que celle pour laquelle elle avoit été adjugée au ſieur Odoart. Il étoit encore certain, dans le fait, que la dame de la Fontaine avoit emprunté ſolidairement deux ſommes de 15000 livres, & de 18000 livres, avec le ſieur de Belmont, pour employer au prix de l'acquiſition de cette terre, ſans en avoir pris de lui aucune indemnité ; que le ſieur Odoart n'avoit fait aucun acte de propriétaire, & qu'étant mort peu après, la plûpart de ſes héritiers avoient renoncé à ſa ſucceſſion, ſur ce qu'on prétendoit que la dame de la Fontaine leur avoit montré la déclaration qu'il avoit paſſée à ſon profit de la propriété de cette terre. Enfin il n'avoit point levé le décret lui-même ; il ne l'avoit été qu'après ſa mort par le procureur de la dame de la Fontaine, & il s'étoit trouvé cotté de ſon nom : or tous ces faits de fraude réunis enſemble ont été jugés ſuffiſans, & avec juſtice, pour faire admettre la preuve par témoins de la ſimulation de l'adjudication, & de celle de la quittance du prix, quoique faite au nom du ſieur Philippe Odoart ; j'ajoûte que dans cette eſpece on rapportoit une preuve par écrit de la fraude ; & ainſi, quoiqu'il s'agit de détruire une adjudication par decret, & une quittance expédiée au nom du ſieur Odoart, la preuve étoit recevable, parce que ce qui eſt ſimulé eſt nul dans ſon principe ; & quand le conſeil de la fraude, & l'événement ou l'exécution de la fraude ſont manifeſtes, comme dans cette eſpece, la juſtice qui a été trompée par l'interpoſition des noms, & par la colluſion des parties, ne manque jamais de caſſer tout ce qu'elle a fait, parce qu'elle ne peut jamais être complice de la fraude, quand elle eſt évidente.

17. On peut ajoûter à ce qui vient d'être dit, touchant le commencement de la preuve par écrit, le ſentiment d'Ant. Anſelmo, ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, §. 6. Il poſe pour une maxime de droit, que, quand il eſt défendu par quelque ſtatut de prouver quelque choſe par

témoins, cette prohibition n'eſt pas cenſée exclure la preuve qui ſe peut faire par écrit & par témoins conjointement, ni celle qui ſe fait par témoins pour confirmer la preuve par écrit, quand elle n'eſt pas aſſez forte: il cite *Paris de Puteo, de Reaſſumpt. inſtrum. quæſt.* 13, *num.* 28; *& Joſeph. de Seſſe, dec. Arrag.* 202, *num.* 45; car il ne faut pas, dit-il, étendre la diſpoſition de la loi hors de ſon cas; & la preuve ſimple, c'eſt-à-dire celle par témoins, ou celle par écrit, priſes ſéparément, ne doivent point comprendre la preuve mixte, ou celle qui ſe fait par écrit & par témoins tout enſemble, ainſi que diſent Bartole & Paul de Caſtres, *in l. Certi condictio, ff. Si certum petatur*; & c'eſt ſur ce fondement que Balde, conſ. 279, vol. 4, dit que, quand il eſt ordonné que la preuve ſe fera par écrit, néanmoins quand ce qui eſt écrit ne ſe trouve pas faire une preuve aſſez complette, en ce cas il peut être confirmé par une preuve par témoins.

Anſelmo ajoûte que cette preuve par témoins & par écrit, appellée *mixte*, n'eſt point reçue dans les Pays-bas, parce que l'édit perpétuel n'admet que la preuve par écrit, & exclut préciſément celle par témoins; & §. 7, il ajoûte que l'opinion de ceux qui ont cru que c'étoit ſatisfaire à l'édit, que de prouver la vérité d'un contrat par cinq témoins, n'y eſt pas auſſi reçue, & que même elle a été condamnée par une déclaration du roi d'Eſpagne, du 12 Mai 1634, qu'il rapporte.

18. Sur quoi il faut obſerver que, du moins en Haynaut, où l'ordonnance de 1667 eſt obſervée depuis 1689, la preuve par témoins doit être admiſe, quand il y a un commencement de preuve par écrit.

19. Carpanus, ſur le ſtatut 88 de Milan, dit que, nonobſtant ce ſtatut qui exclut la preuve par témoins en termes négatifs, (*per teſtes non poteſt probari,*) néanmoins cette preuve par témoins peut être admiſe, quand il y a une preuve par écrit, parce que, dit-il, *eſt caſus mixtus qui non comprehenditur ſub ſtatuto*, & cite Balde, *in* 6, *Certi condictio, ff. Si certum petatur*, Alexandre, Décius, Socinus Senior, Ménochius, &c. Ainſi à Milan, la preuve par témoins eſt admiſe ſur un commencement de preuve par écrit.

20.

20. Ce qui eſt auſſi en uſage en Portugal, où il y a une ordonnance qui défend la preuve par témoins, ainſi que témoigne *Emmanuel Mendez de Caſtro, in Practicâ Luſitan. cap.* 12, *de Prob.* Enfin cela a lieu auſſi à Boulogne en Italie, comme marque Montérentius ſur le ſtatut qui concerne la preuve des payemens, dont il vient d'être parlé, en rapportant le ſentiment de ce commentateur, au ſujet de ce qui doit paſſer pour un commencement de preuve par écrit.

21. Avant de finir ce chapitre, il y a une queſtion à examiner touchant le commencement de preuve par écrit, & les écritures privées, ſçavoir ſi ce qui eſt écrit par notes, par chiffres, ou par abbréviations, doit paſſer pour écriture privée, & s'il peut ſervir, par conſéquent, ou de preuve par écrit, ou de commencement de preuve par écrit.

Pour expliquer cette queſtion en peu de mots, il faut entendre quelle différence il y a entre ces mots, *notes*, *chiffres*, & *abbréviations*.

22. Suivant la loi *Sed cum Patrono*, §. *ult. ff. de bon. Poſſeſſ. notæ non erant litteræ, ſed ſigna litterarum.* Juſtinien, *in Epiſt. ad Anteceſſ. de Cod. Enucl.* dit que, de ſon tems, elles s'appelloient σίγλας. M. Cujas, *Obſervat. cap.* 3, dit que c'eſt peut-être de ce mot que nous avons tiré celui de *zifra*, chiffres; &, *Obſervat. l.* 12, *c. ult.* expliquant cette Lettre de Juſtinien *ad Anteceſſ.* dans laquelle il défend d'écrire les loix des Inſtituts, du Digeſte & du Code, par chiffres, il dit que ce mot *ſig'a*, vient de *ſingla, id eſt, ſingula*; ainſi on dit *vincla* pour *vincula*, & *ſecla* pour *ſæcula*: or, ajoûte-t-il, *ſingula multùm diſtant à notis; notæ enim non ſunt litteræ. Singula autem ſunt ſingulariæ litteræ ſinè coagmentis ſyllabarum*, comme dit Gellius, liv. 17, chap. 9, parlant des lettres en chifres que C. Céſar écrivoit à C. Oppius, & à Baldus Cornelius, *Verba*, dit-il, *ex litteris nulla confici poſſunt; erat autem conventum inter eos clandeſtinum de commutando ſitu litterarum. Ut in ſcripto quidem alia aliæ locum & nomen teneret, ſed in legendo locus cuique ſuus & poteſtas reſtitueretur.* C'étoient des lettres mêlées ſans ſuite & ſans ordre, leſquelles étant raſſemblées

ensuite, suivant qu'ils en étoient convenus, composoient un discours parfait. M. Cujas, *ibidem*, apporte pour exemple, de ce qu'il appelle *singulariæ litteræ*, ces quatre lettres *S. P. Q. R.* & quand on l'écrivoit par notes, on se servoit de celle-ci ⊃ : il en rapporte plusieurs autres exemples, sur quoi il distingue *notarios qui scribunt notis*, de ceux qu'il appelle *singularios*, *qui singulis, id est siglis scribebant.*

Duret, Hist. des langues, ch. 19, en rapporte d'autres ; & tous les monumens antiques de Rome, & les médailles Romaines sont gravées de chiffres.

L. 1, Cod. de Off. Præf. Præt. Afric.

23. Loyseau, des Offices, liv. 2, chap. 5, observe qu'à Rome on faisoit apprendre aux esclaves cet art d'écrire par note ; la loi en donne un exemple : *Lucius Titius miles testamentum scribendum notis dictavit, & antè quàm litteris scriberetur, vitâ functus est, ff. de Testam. mil.* Cette loi marque l'usage d'écrire par notes, & qu'il étoit permis aux soldats de tester ainsi par Lettres abrégées ; ce qui n'étoit permis à personne qu'à eux.

La loi *Inter eos*, §. 1. *Ex quib. causis majores*, dit aussi que ceux *qui notis scribunt acta præsidum, reipub. causâ non abesse certum est ;* c'étoit ceux que l'on appelloit *exceptores*, suivant la notion de l'empire, chap. 19. Ils écrivoient en minute les expéditions judiciaires sous les juges, & les gardoient. Il y avoit, outre cela, *regerendarii*, qui étoient ceux qui mettoient au net ces expéditions ; & *cancellarii*, ceux qui les mettoient en forme, dont il a déja été parlé. Il faut aussi observer que les notaires, suivant la Novelle 44, écrivoient d'abord la minute, ou note du contrat, laquelle n'étoit point obligatoire ; mais on la transcrivoit au net, & ensuite les parties la signoient.

24. Quant à la maniere d'écrire en chiffres, c'est-à-dire avec des caracteres dont personne ne puisse pénétrer le sens, Pancirole, liv. 2, *Rer. mem. Dep. tit.* 4, & Salmut dans ses Notes sur cet auteur, Joan. Baptista à Porta, & Vigenere en ont fait des Traités exprès. Petrus Diaconus a commenté le livre de Valerius Probus, *de Notis Romanis*, & une infinité d'auteurs ont écrit sur ce sujet. Gomez, *l.* 2, *Varia, cap.* 9, *n.* 4, examine même la question de sçavoir si un contrat se peut faire entierement par abbréviations ?

25. Pour revenir à la question dont il s'agit, par rap-

port à la preuve par témoins, Anſelmo, ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, ci-deſſus cité, §. 29, décide en général que les écritures en chiffres ne font aucune preuve : *Non enim probant mentem ſeu intentionem contrahentium*, dit-il, *cum incertæ & dubiæ ſint : ac propterea neceſſe eſt ut contractus explicatis verbis & integris dictionibus perſcribantur.* Joan. Romelius, ſur le même article de cet édit, §. 51, ſoutient, au contraire, avec les interpretes ſur la loi *Gallus*, §. *Idem credendum de lib. & poſthum.* que quand les abbréviations & les chiffres ont une ſignification certaine dans l'uſage, il faut les regarder comme ayant la même force que les autres écritures privées, même dans les actes où la loi exige l'ecriture, pour la forme.

Cenſuerunt interpretes in l. Gallus, §. *Idem credendum, ff. de lib. & poſthum. notas & cifras uſu receptas & quid certi ſignificantes, habere vim ſcripturæ, etiàm in actibus exigentibus ſcripturam prò formâ & ſolemnitate.*

26. C'eſt par cette raiſon qu'il eſt permis aux notaires d'étendre l'*Et cætera* qu'ils écrivent d'abord dans leurs minutes, parce que cet *Et cætera* a une ſignification certaine & limitée, c'eſt-à-dire ſelon la nature du contrat, dit Maſuer, tit. 18, *de Inſtrument. n.* 37, ſuivant la loi *Gallus*, ci-deſſus citée, & les docteurs ſur cette loi; & Gui-Pape, queſt. 129. C'eſt pourquoi Me Charles Dumoulin, *Tract. Contr. uſur. quæſt.* 7, *in fine*, demande ſi en vertu de ce mot de la minute du notaire, *renonçant*, *Et cætera*, le notaire peut ajoûter, renonçant au bénéfice de diviſion & de diſcuſſion ? & il répond que non, & dit l'avoir fait juger ainſi, lui plaidant, par un arrêt du parlement de Paris ; ſur quoi Charondas, Reſp. liv. 12, n. 44, rapporte un arrêt du 5 Juillet 1561, qui déclara injurieux l'empriſonnement fait d'un débiteur par ſon créancier, en vertu d'une obligation, ſur la groſſe de laquelle le notaire avoit étendu le mot *obligeant*, écrit dans la minute, à la contrainte par corps, dont les parties n'avoient point entendu parler, en paſſant cette obligation : auſſi M. Maynard, l. 2 de ſes Queſtions, chap. 31, dit fort bien que cet *Et cætera* ne comprend que ce qui regarde l'exécution de l'acte, ou l'éclairciſſement des clauſes qui y ſont écrites, mais qu'il ne peut opérer aucune autre nouvelle diſpoſition, ni produire aucun autre effet qui excede ce qui a été convenu préciſément entre les parties, & cite un arrêt du parlement de Toulouſe à ſon rapport, qui le jugea ainſi en Janvier 1574.

Ces mots, *Et cætera*, dit-il, *de his quæ reſpicient executionem vel clariorem elucidationem dumtaxàt, non autèm de his quæ diſpoſitionem vel novum effectum, qui aliàs non veniret, inducunt.*

27. De ces maximes qui ſont certaines parmi nous, il

réſulte que ſi ce qui eſt écrit en chiffre, a une ſignification certaine, & dont les parties conviennent, il faut le regarder comme une écriture privée qui peut faire preuve, ou un commencement de preuve par écrit, ſuivant les occaſions; mais ſi la ſignification des chiffres eſt conteſtée, en ce cas, *pro non ſcriptis habentur,* ſuivant la loi 7, *ff. de Regulis juris*, §. 3, *& ff. l.* 2, *eod. T.*

28. A l'égard des abbréviations, ſi elles ont une ſignification certaine dans l'uſage courant, il les faut expliquer ſuivant cet uſage. Il y a même des actes qui ſeroient ſuſpects de faux, s'ils n'étoient écrits par abrégé: telles ſont les ſignatures de cour de Rome; car ſi un mot, qui a coutume d'y être écrit par abrégé, s'y trouve étendu & écrit tout au long, il y a lieu de s'inſcrire en faux contre cette ſignature, parce que l'uſage eſt certain, & que cet uſage doit être inviolablement ſuivi.

29. Au reſte, il eſt conſtant que l'ordonnance de Moulins, ni celle de 1667, n'excluent pas les préſomptions de droit, & autoriſées par le droit, parce qu'elles tiennent lieu de preuves complettes, qui non-ſeulement n'ont pas beſoin du ſecours de la preuve par témoins, mais contre leſquels même la preuve du contraire n'eſt pas admiſe.

CHAPITRE II.

Des Cédules & Promeſſes.

SOMMAIRE.

1. *L'ordonnance comprend toutes ſortes d'écritures privées.*
2. *De ce qui a été ajoûté après la ſignature d'un acte.*
3. *Diſtinction ſur ce ſujet.*
4. De Syngrapho, Autographo, Holographo, Apochis, & Antapochis.
5. *Des Lettres miſſives.*
6. *Des Lettres de recommandation.*
7. *Eſpece ſur ce ſujet.*

1. QUANT au premier article, ſçavoir ſi, ſous le mot de *cédule privée*, ſont compris toutes ſortes d'écritures privées, cela eſt certain, pourvu qu'on en puiſſe tirer quelque éclairciſſement: c'eſt pourquoi, comme tout ce qui eſt écrit de la main d'un ſeul, ou ſouſcrit d'un ſeul & de pluſieurs, eſt compris ſous le terme de *cédule*, je ne doute point qu'il ne ſoit auſſi compris dans l'ordonnance, ſans aucune diſtinction; car, à l'égard de ce qu'Ulpien appelle *opiſtographum*, qui eſt une feuille de papier écrite de deux côtés, comme l'explique *Alexander ab Alexandro*, ſoit que l'écriture ſoit avant ou après la ſignature, ſi elle eſt de la même main, il n'y a point de doute qu'elles ne ſoient compriſes dans cette ordonnance.

---

1. QUOD ad primum articulum: utrùm ſcilicèt appellatione cautionum privatarum, veniant omnia privata ſcripta? Certiſſimum eſt, quòd ſic, ſi modò ex eis nonnulla probatio elici poſſit. Itaquè, cùm chirographorum appellatione veniant omnia quæ partium manu, vel ſcripta, vel ſubſcripta, ſivè ab unâ parte tantùm, ſive à duabus, vel pluribus ſimul, *a* omnes ejuſmodi ſcripturas ſub hâc lege comprehenſas eſſe non dubito, nullâ ſpecierum habitâ differentiâ: nam quod ad opiſtographum, de quo Ulpianus, *b* quod pro chartâ utrâque facie ſcriptâ accipitur, ut explicat idem Alexand. *c* vel fortè, quòd antè & poſt ſignum ſeu ſigillum, eâdem manu ſcriptum eſt, nemo dubitabit ſub hâc lege comprehendi debere.

a *Notatur in L. Scripturas, C. Qui potior.*

b *L. Charta, ff. de bon. Poſſ. ſecund. tabul.*

c *Cap. 30, lib. 2, genial. dier.*

2. Néanmoins j'ai vu faire difficulté à l'égard de ce qui eſt écrit au-deſſous de la ſignature, ſçavoir s'il eſt préſumé être compris dans cette ſignature ; enſorte qu'il faille y ajoûter foi, comme à ce qui eſt écrit auparavant, & au-deſſus de la ſignature.

3. Sur laquelle queſtion je crois qu'il faut diſtinguer ; car, ou cette écriture miſe ſous la ſignature, eſt de même main, écrite en même tems, & fait une ſuite de diſcours avec ce qui eſt écrit au-deſſus, concernant la même matiere, à-peu-près comme il eſt marqué dans les termes ſuivans ; *De plus, ſous mon ſeing ci-deſſus, j'ai promis à Titius faire, ou payer telle choſe*, & autres termes ſemblables, (qui paroiſſent ne faire qu'un même ſens avec ce qui eſt écrit auparavant, & leſquels termes rappellent la ſignature précédente ;) & je crois qu'en ce cas on peut agir en vertu de cette écriture, & qu'elle eſt compriſe dans l'ordonnance, parce qu'elle paroît n'être qu'une ſeule & même ſuite du diſcours qui ſe rapporte à la ſignature miſe au-deſſus, parce que ce qui eſt ainſi ajoûté, dans le même inſtant, à une obligation, eſt cenſé en faire partie, ou bien ce qui eſt écrit enſuite de la ſignature, ne ſe rapporte point à cette ſignature, n'en fait point mention, ou n'eſt point écrit de la même main, ou ne concerne point la choſe dont il eſt parlé dans ce qui eſt écrit au-deſſus ; & en ce cas, j'eſtime que cette écriture ne peut

---

2. Vidi tamen dubitari de his quæ ſcripta ſunt, poſt ſignum appoſitum, utrùm ſub ſigno comprehendantur, ut fidem faciant, quemadmodum ea quæ antè ſignum ſcripta ſunt ?

3. In quâ quæſtione, ſic putarem eſſe diſtinguendum : aut enim ſcriptura poſt ſignum, poſita eſt eâdem manu, eodem momento, & conjunctâ oratione, ſeu continuatâ, de eâdem re ac materiâ, de quâ, antè ſignum, ſcriptum erat, ſub his ferè verbis : *Itèm, ſub eodem ſigno meo, ſuprà appoſito, promiſi Titio, ultrà ſuperiùs ſcripta, tale quid facere, vel ſolvere*, &c. aut ſimilibus, quæ ſuperiori parti conjuncta videbuntur, factâ tamen præcedentis ſigni mentione ; & tunc purarem ex hujuſmodi opiſtographo actionem oriri, & ſub hâc lege, ſcripturam illam contineri : cùm videatur unus & idem continuatus ſermo, ad idem ſignum pariter relatus, *a* & ineſſe priùs factæ obligationi dicatur id, quod incontinenti adjectum eſt : *b* aut verò poſt ſcripta, ad ſignum ſe non referunt, de eoque mentionem non faciunt, neque ſunt eâdem manu ſcripta, aut ejuſdem materiæ cum ſcripturâ primâ ; & tunc

a *L. Continuus, ff. de verb. Oblig.*

b *L. Pacta conventa, ff. de Contrahend. empt. L. Petens & l. Juris gentium, ff. de Pactis.*

point produire aucune obligation, & que c'eſt une écriture nuë & imparfaite, de laquelle celui qui l'a écrite, eſt préſumé s'être repenti & avoir changé de volonté, parce qu'il ne l'a point ſouſcrite comme la précédente; & ainſi j'eſtime qu'en vertu de cette écriture on ne peut agir, puiſqu'elle eſt imparfaite.

4. Quant à ce que l'on appelle *ſyngraphum*, ou ce qui eſt écrit ſur la même page, & ſigné de deux ou pluſieurs perſonnes dont il eſt parlé dans Plaute, je crois qu'il en faut juger comme des autres promeſſes privées. Il faut dire la même choſe de ce qui s'appelle *autographum*, qui eſt un acte écrit entiérement, & ſigné de la même main de la même perſonne, qui s'appelle auſſi *holographum*, dit S. Jérôme, quoique quelques-uns eſtiment que ce mot *autographum* doit s'entendre d'un acte, ou écrit entre-vifs; & *holographum*, de celui qui eſt fait par une perſonne mourante: quoi qu'il en ſoit, tout cela eſt compris ſous le mot de *promeſſe & écriture privée*; & ſi l'écriture, ou ſignature, en eſt déniée, elle ſera vériſiée par témoins, nonobſtant la premiere partie de cette ordonnance. Il faut dire auſſi la même choſe des quittances & contre-quittances, deſquelles on ſe ſert pour prouver qu'une choſe nous eſt dûe, comme il eſt vulgaire en droit; car toutes ces choſes ſont miſes au nombre des écritures privées.

---

exiſtimarem, ex hâc poſteriori ſcripturâ, nihil cautionis elici poſſe, *a* ſed nudam tantùm & imperfectam eſſe ejuſmodi ſcripturam, & in quâ fortaſsè ſcribens perſeverare noluerit, cùm ei non iterùm ſubſignaverit: atque ità ex tali imperfecto, agi non poſſe.

a *Argum. l. Titia, §. 1, de verb. Obl.*

4 Quantùm ad ſyngraphum, quod à duobus, vel pluribus eâdem chartæ facie, conſcriptum aut conſignatum propriè dicitur, de quo loquitur Plautus, *b* idem cenſeo judicandum quod de aliis cautionibus privatis Idemque de autographo, quod eſt cautio, non tantùm propriâ manu ſubſignata, ſed & omninò ſcripta, quæ etiam holographum dicitur, teſte Hieronymo: *c* quamvis nonnulli autographum, de re inter vivos actâ, & holographum, de re à morientibus ex integro ſcriptâ, intelligant. Utcumquè tamen ſit, hæc omnia inter privatas cautiones enumerantur, &, ſi ſcriptura, vel ſignum in eis appoſitum, denegetur, teſtium probatio recipietur, non obſtante hujus legis primâ parte, ut dictum eſt. Idem de apochis, quibus debitum receptum fuiſſe, privatim recognoſcitur, & de antapochis, quibus aliquid debitum eſſe oſtenditur, ut in jure vulgatum eſt. *d* Hæc enim omnia, inter chirographaria computantur.

b *In Aſin.*

c *In Tract. contra Rufin.*

d *L. Plures antapochis, C. de fid. inſtrum. & L. 1. C. de Apoch. publ.*

5. Quant aux Lettres miſſives, la queſtion eſt de ſçavoir ſi elles produiſent une obligation ou non, ſur quoi il faut diſtinguer; car ou cette Lettre contient une reconnoiſſance pure & ſimple de la dette, comme celle que rapporte le juriſconſulte Paulus, en ces mots : *Titius, ſalut à Sempronius. Je vous avertis que j'ai à vous dix livres d'or peſant, un peu plus, un peu moins, & deux plats, & un ſac cacheté, dont vous m'en devez dix que vous avez mis en dépôt chez Titius. Plus dix que vous avez donnés à Trophimus; plus dix qui reſtent du compte de votre pere, & ce qui eſt pardeſſus.* Il y a une infinité d'exemples ſemblables en droit; & en ce cas cette reconnoiſſance pure & ſimple eſt une preuve de l'obligation; car il eſt certain, en droit, que l'on peut s'obliger par Lettres miſſives; ou la Lettre miſſive ne porte point une telle reconnoiſſance, ou promeſſe pure & ſimple; mais elle eſt conditionnée en ces termes : *Si vous faites cela, je vous donnerai cent louis d'or;* & en ce cas, on ne peut inférer de ces mots, qu'il y ait une obligation, ſi on ne prouve que la condition ait été accomplie, parce que cette obligation eſt du nombre de celles qu'on appelle, *Je vous donne afin que vous me donniez; je vous donne, afin que vous faſſiez; je fais, afin que vous faſſiez;* en vertu deſquelles l'action *præſcriptis verbis* n'eſt point acquiſe, ſi l'on ne ſatisfait à ce à quoi l'on s'eſt obligé, ſuivant qu'il eſt marqué en droit : donc, en ce cas, on peut in-

---

5. Quantùm ad epiſtolas, an obligationem habeant, nec-ne? diſtinguitur : aut enim epiſtola abſolutam continet recognitionem, ut eſt apud Paulum, *a* his verbis : *Titius Sempronio ſalutem. Habere me à vobis auri pondo, plùs minùs, decem, & diſcos duos, & ſaccum ſignatum, ex quibus mihi debetis decem, quos apud Titium depoſuiſtis : item, quos Trophimati, decem : item, ex ratione patris veſtri decem, & quod excurrit;* & aliis ſimilibus exemplis, penè infinitis in jure. *b* Et tunc ex iſtâ recognitione purè & ſimpliciter factâ per epiſtolam, quæſita eſt obligationis probatio, cùm jure vulgatum ſit, per epiſtolam obligari nos poſſe, *c* aut verò epiſtola non habet puram recognitionem & promiſſionem, ſed forsàn conditionatam, hoc modo : *Si ex parte tuâ, tale quid feceris, dabo tibi aureos centum.* Et tunc, ex tali promiſſione obligatio probari non poteſt, niſi oſtendatur conditionem ab alterâ parte impletam fuiſſe : cùm hìc agatur de obligatione; do, ut des; do, ut facias: vel facio, ut facias : pro quibus, nonniſi implemento ſubſequuto, actio præſcriptis verbis, dari poteſt, ut in jure notum eſt. *d* Ex his ergo epiſtolis rectè agitur ſecundùm hanc conſtitutionem, &, ſi ſignum epiſtolæ

tenter

a *L. Publia.* §. *final. ff. de Peſ.*

b *L. Emptor.* § *Lucius, ff. de Pact. L. Creditor.* §. *Lucius. Mana. L. Lucius Titius, ff. de Donationibus.*

c *L. Imperatores, ff. de Probat. l. Labeo, ff. de Pact. l. 2, ff. de Procuratoribus.*

d *L. Naturalis de præſcript. verb. ff. l. Explacito, C. de rer. Permut. L. 1, ff. eodem.*

tenter action en justice, en vertu d'une telle Lettre missive, suivant l'ordonnance de Moulins; & si la signature de cette Lettre n'est point reconnue, ou est déniée, ou que l'on nie le fait exprimé dans cette Lettre qui est conditionnée, il sera permis de prouver toutes ces choses par témoins, quoiqu'il s'agisse de plus de cent livres. Nonobstant la premiere partie de cette ordonnance, qui semble rejetter la preuve par témoins, quand il n'y a rien de rédigé par écrit; car, comme dans les Lettres il y a déja quelque chose d'écrit, &, par conséquent, qu'il y a une preuve tacite contre celui qui a écrit, c'est avec justice que le prince a voulu excepter ce cas de la rigueur de la prohibition portée par la premiere partie de cette ordonnance.

6. Il y a aussi d'autres Lettres missives qu'on appelle *de recommandation*, dont Justinien a fait aussi mention, qui ne produisent d'ordinaire aucune obligation.

7. J'ai vu néanmoins faire difficulté à l'occasion d'une certaine Lettre *de recommandation* écrite à un habitant de Poitiers, par un pere en faveur de son fils qu'il y avoit envoyé pour étudier; elle étoit à-peu-près conçue en ces termes : *J'envoie mon fils pour faire ses études; je vous supplie d'avoir soin de lui; je vous le recommande en considération de l'amitié qu'il y a long-tems qui est entre nous deux;* car cet habitant de Poitiers à qui la lettre étoit adressée, ayant déboursé quelques deniers pour cet écolier, ainsi

---

appositum non recognoscatur, vel factum, in conditionalem epistolam deductum, denegetur : hæc omnia vera esse, testibus probare licebit, etiamsi de summâ centenam libram excedente agatur, non obstante hujus constitutionis primâ parte, quæ testium probationem in eo casu rejicere videtur, in quo nihil scriptum est. Cùm enim in istis epistolarum casibus, jam aliquid scriptum appareat, & ideò contrà scribentem aliqua jam sit tacita probatio : meritò excipiendos esse hos casus à rigore superioris partis legis istius, princeps censuit.

6. Aliæ quoque sunt epistolæ, quæ commendatitiæ tantùm dicuntur, quarum meminit aliquando Justinianus : *a* ex quibus nulla solet oriri obligatio.

a In L. fin. C. Quòd cum eo, &c.

7. Vidi tamen quandoque dubitari, de certis litteris commendatitiis, cuidam civitatis hujus Pictavensis incolæ rescriptis à quodam patre, pro filio suo, quem ad hanc civitatem, studiorum gratiâ, mittebat : quæ his ferè verbis conceptæ erant : *Mitto filium meum, studiorum gratiâ; quæso, ut eum curæ habeas, quem tibi commendo, pro amicitiâ jam-*

qu'il avoit jugé néceſſaire, pour lui avoir du linge & des habits, le pere étant venu à mourir, laiſſa une veuve, laquelle fut créée tutrice à ce fils mineur, qui dénia qu'il eût fait cette dépenſe, & refuſa de la payer, ſoutenant que de cette Lettre on ne pouvoit point inférer que le pere lui eût donné charge de faire aucune avance pour lui. Cet habitant répondoit que n'ayant fait qu'une dépenſe néceſſaire, quand même il n'y auroit point eu de Lettre, elle devoit lui être rembourſée, parce que cette eſpece eſt une des cinq pour leſquelles, nonobſtant le ſénatuſconſulte Macédonien, on peut agir contre le pere pour la dépenſe faite en faveur de ſon fils; & cela fut ainſi décidé par nos anciens conſultans, & confirmé par arrêt, ſuivant leur avis, comme je l'ai appris depuis : par conſéquent, ſi on allégue que, ſur la foi d'une pareille Lettre *de recommandation*, on a été obligé de faire quelque choſe, il ſera à l'arbitrage du juge d'admettre la preuve par témoins; & c'eſt ce qu'il jugera aiſément, ſuivant la liaiſon des perſonnes qui plaident, la néceſſité des impenſes & des débourſés, leur qualité, & autres circonſtances, par leſquelles il ſera de ſon équité de recevoir la preuve par témoins, touchant le fait qui réſulte de pareilles Lettres *de recommandation*, nonobſtant cette premiere partie de l'ordonnance, comme il a été dit.

---

pridem inter nos initâ. Cùm enim civis ille, nonnihil pro ſcholari filio impendiſſet, quod arbitrabatur ei fuiſſe neceſſarium, utpotè, pro quibuſdam libris, & veſtimentis, deceſſit pater, uxore ſuperſtite, quæ tutor filii conſtituta, has ſtudiorum causâ factas impenſas, civi, ex epiſtolâ agenti, denegavit, nullumque ex tali epiſtolâ mandatum obligatorium elici poſſe ſuſtinuit : civis autem, pecuniam in cauſam neceſſitatis impenſam fuiſſe pro filio dixit, atque ideò epiſtolâ etiam ceſſante, pecuniam repeti poſſe : cùm ſit hìc unus ex quinque caſibus, pro quibus, in patrem, de impenſis pro filio, agi poſſet, non obſtante Macedoniano. *a* Et ità reſponſum fuit à noſtris conſultoribus veteranis, quomodò & judicatum fuiſſe audivi. In his igitur commendatitiis epiſtolis, ſi quid ex neceſſitate & conſequentiâ commendationis, factum fuiſſe allegetur, judicantis erit arbitrium, hujuſmodi factum admittere, & teſtium probationem recipere. Quod facilè dijudicabit ex conjunctione perſonarum, neceſſitate impenſarum pecuniarum, aliiſve circumſtantiis, quibus æquitas illius ſuaderi poterit ad recipiendam teſtium probationem, ſuper ipſis literis commendatoriis, non obſtante hujus legis priori parte, ut jam dictum eſt.

a *L. Zenoderus, C. Ad Macedon. & L. Macedoniani eodem.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE II.

SOMMAIRE.

1. *Matieres traitées dans ce Chapitre.*
2. *Queſtion : Si au bas d'une promeſſe écrite & ſignée par le débiteur, il a ajoûté : Sans préjudice de telle ſomme?*
3. *Si un créancier, au bas d'une quittance par lui ſignée, a ajoûté pluſieurs reçus d'autres ſommes ſans les ſigner?*
4. *Si les reçus concernent une autre dette que celle mentionnée en la quittance, la même déciſion doit avoir lieu.*
5. *Si entre les reçus, il y en a quelques-uns écrits d'une autre main que celle du créancier?*
6. *Autre queſtion : Quand le débiteur a ajoûté au bas d'une promeſſe de deux cens livres : Pour trois cens livres.*
7. *Quand la quittance & le bordereau ne ſont pas conformes.*
8. *Si les bordereaux de ceux qui tiennent la caiſſe dans les bureaux publics doivent faire foi?*
9. *Sur la queſtion propoſée par Boiceau : Si on peut contracter par Lettres miſſives?*
10. *Lettres entre marchands ſont une preuve tacite de ce qu'elles contiennent. Circonſtances à obſerver dans ce cas.*
11. *Si quand le marchand a perdu la Lettre de créance à lui écrite par ſon correſpondant, la preuve eſt recevable?*
12. *Si les Lettres de recommandation peuvent devenir obligatoires, lorſqu'en conſéquence la perſonne à qui elles ont été écrites, a fait des avances?*

1. CE Chapitre traite de trois choſes, des écritures privées en général, & en particulier des Lettres miſſives qui contiennent une reconnoiſſance pure & ſimple, ou conditionnée, de quelque dette, & de celles qu'on appelle *Lettres de recommandation.*

Quant à ce que dit d'abord Boiceau en général, il ſeroit inutile d'y rien ajoûter ; & à l'égard de ce qu'il obſerve, touchant ce qui eſt écrit au-deſſous de la ſignature d'une promeſſe, ou de quelqu'autre acte ſous ſeing-privé, la

déciſion qu'il apporte eſt juridique, quand celui qui a écrit l'acte y rappelle ſa ſignature; car il eſt préſumé, en ce cas, l'avoir voulu étendre à ce qu'il a écrit au-deſſous, & avoir voulu ſeulement s'épargner la peine de ſigner une ſeconde fois, comme ne l'ayant pas jugé néceſſaire.

2. Mais ſi le débiteur avoit ajoûté ſimplement, au-deſſous de la promeſſe qu'il a ſignée : *Plus, je dois audit ſieur la ſomme de .... ou ſans préjudice de la ſomme de ... que je dois audit ſieur*, en ce cas, il ſemble que, quoiqu'il ne rappelle point ſa ſignature par ces mots, & qu'il ne ſouſcrive point ce qu'il a ajoûté, néanmoins cette reconnoiſſance (*qu'il doit*,) écrite de ſa main en cet endroit eſt une preuve par écrit contre lui, s'il dénie enſuite devoir cette ſomme, ſans qu'il ſoit beſoin d'admettre la preuve par témoins en faveur du créancier, d'autant plus que toute imparfaite qu'eſt cette écriture, elle eſt néanmoins cenſée faire partie de la promeſſe qui eſt au-deſſus, & être compriſe ſous la ſignature qui précede; car ces mots *plus*, ou *ſans préjudice*, ſont des termes relatifs, qui ſuppoſent que le débiteur a confeſſé devoir une autre ſomme, leſquels ſeuls, ne faiſant point un ſens parfait, marquent évidemment la liaiſon qu'ils ont avec un autre diſcours; ce qui, joint à la préſomption que perſonne n'eſt préſumé reconnoître par écrit, & volontairement, qu'il eſt débiteur, quand il ne l'eſt pas, ni écrire une telle reconnoiſſance ſur un papier qu'il laiſſe entre les mains de ſon créancier, doit paſſer pour une preuve entiere de la dette.

3. Il faut dire la même choſe, ſi le créancier, après avoir ſigné la quittance qu'il a donnée à ſon débiteur d'une ſomme, ſur & tant moins d'une certaine obligation qu'il lui doit, a ajoûté de ſuite pluſieurs autres reçus de ſa main, qu'il n'a point ſignés; car on doit regarder ces reçus comme autant de différentes quittances de ce qui lui a été payé à diverſes fois ſur la ſomme totale, quoiqu'il n'ait ſigné que le premier reçu; ce qui a même lieu, ſuivant l'uſage, quoique les reçus étant enſuite de ſa ſignature, ne ſoient poit datés, à cauſe de la faveur de la libération; & s'il dénioit ſes reçus, ils feroient preuve contre lui, après qu'ils auroient été reçonnus avoir été écrits de ſa main.

4. Et la même choſe doit encore avoir lieu, quand les reçus appoſés enſuite du premier, ſeroient pour raiſon d'une autre obligation, pourvu qu'elle y ſoit exprimée, y ayant même raiſon, & la premiere ſignature devant s'étendre à tout ce que le créancier a écrit lui-même enſuite volontairement.

5. Enfin quand il y auroit quelques-uns de ces reçus écrits même de la main du débiteur, ce qui arrive peu, s'il s'en trouve d'autres écrits au-deſſous, de la main du créancier, tous font foi contre lui; car il eſt préſumé avoir approuvé ceux écrits par le débiteur, lorſqu'il en a ajoûté d'autres de ſa main; ce qui s'entend, quand cet original n'eſt point ſorti des mains du créancier [*].

[*] M. Potier, Tr. des Obl. t. 2, p. 336, où il traite la même queſtion, diſtingue ſi l'acte tend à la libération, ou à une nouvelle obligation. Si l'acte tend à la libération, il faut encore diſtinguer le cas auquel l'acte eſt, & n'a jamais ceſſé d'être en la poſſeſſion du créancier, & celui auquel il ſeroit en la poſſeſſion du débiteur. Dans le premier cas, comme lorſqu'au bas ou au dos d'une promeſſe ſignée par le débiteur, qui eſt en la poſſeſſion du créancier, il ſe trouve des quittances de ſommes reçues à compte; ces quittances, quoique non ſignées ni datées, font une pleine foi du payement, non-ſeulement lorſqu'elles ſont écrites de la main du créancier, mais même de quelque main que ce ſoit, fût-ce même de celle du débiteur, parce qu'il eſt plus que probable que le créancier n'auroit pas laiſſé écrire ces reçus ſur le billet qui étoit en ſa poſſeſſion, ſi les payemens ne lui avoient pas été faits effectivement.

Il penſe même que, quand ces écritures non-ſignées qui ſont au bas ou au dos d'un acte qui eſt en la poſſeſſion du créancier, & qui tendent à la libération de ce qui eſt porté par cet acte, ſeroient barrées, elles ne laiſſeroient pas de faire foi; car il ne doit pas être au pouvoir du créancier, en la poſſeſſion duquel eſt l'acte, ni moins encore en celui de ſes héritiers, de détruire, en barrant cette écriture, la preuve de payement qu'elle renferme.

Mais ſi l'acte eſt entre les mains du débiteur, *putà* ſi au bas, au dos, ou en marge d'un traité de vente fait double, qui eſt entre les mains de l'acheteur, débiteur du prix, il ſe trouve des reçus non ſignés, ces écritures feront pleine foi, ſi elles ſont de la main du créancier: ces quittances étant ſur l'acte même qui renferme l'obligation, elles ont plus de foi que des quittances non ſignées, données ſur une feuille volante. Il en eſt de même des quittances non-ſignées, écrites de la main du créancier, qui ſeroient à la ſuite d'une précédente quittance ſignée; mais ſi ces écritures ſont d'une autre main que celle du créancier, n'étant point ſignées de lui, elles ne font aucune foi du payement, ne devant pas être au pouvoir du débiteur de ſe procurer la libération de ſa dette, en faiſant écrire des reçus ſur l'acte qui eſt en ſa poſſeſſion, par telle perſonne qu'il lui plaira.

Les quittances, quoiqu'écrites de la main du créancier ſur l'acte qui eſt en la poſſeſſion du débiteur, ne feront pas foi non plus, ſi elles ſont barrées; car il eſt ſenſible que le débiteur, en la poſſeſſion duquel eſt l'acte, ne les auroit pas laiſſé barrer, ſi le payement eût été effectif; & il y a lieu de croire que le créancier, ayant écrit la quittance ſur des propoſitions de payement, l'a barrée, parce que les propoſitions n'ont pas été effectuées.

A l'égard de l'acte non ſigné, qui tend à l'obligation, lorſqu'il exprime une relation avec l'acte ſigné, au bas, au

6. On peut ajoûter une autre queſtion qui peut arriver quelquefois, après la ſignature d'une promeſſe, ou billet de la ſomme de deux cens livres ; par exemple, le débiteur qui l'a écrite & ſignée, a ajoûté : Pour la ſomme de trois cens livres, au lieu de mettre : Pour la ſomme de deux cens livres. Il eſt évident, en ce cas, que la ſignature du débiteur étant le ſceau & la perfection de l'acte, tout ce qui n'eſt pas ſous ce ſceau, pour ainſi dire, eſt étranger à l'acte ; & l'erreur eſt préſumée être plutôt dans ce qui eſt ajoûté ſans néceſſité après l'acte, que dans le corps de l'acte même [*].

Néanmoins il pourroit, en ce cas, y avoir des préſomptions ſi fortes, que l'erreur eſt effectivement dans l'acte, que la preuve par témoins pourroit être admiſe ſur le fondement de cette apoſtille ajoûtée après la ſignature ; par exemple, ſi ce billet eſt conçu pour valeur reçue en certaines marchandiſes, & qu'il ſoit certain que le prix cou-

dos, ou en marge duquel il eſt, il fait foi contre le débiteur qui l'a écrit. S'il étoit écrit d'une autre main, il eſt évident qu'il ne feroit pas foi contre lui, ſi l'acte étoit produit par le créancier. Mais s'il étoit entre les mains du débiteur même, quoiqu'écrit d'une autre main, il feroit foi contre lui ; car il n'auroit pas laiſſé mettre cet écrit au bas d'un acte qui eſt en ſa poſſeſſion, ſi le contenu n'eût pas été convenu entre les parties.

Pour ce qui eſt de l'acte écrit ſur une feuille volante, ou il tend à obliger, ou à libérer. S'il tend à libérer, telles que ſont des quittances écrites de la main du créancier, non ſignées, qui ſe trouvent par-devers le débiteur, on peut croire qu'il a été donné au débiteur avant le payement, comme un ſimple modele, pour que le débiteur examinât s'il approuveroit la forme en laquelle il étoit conçu, & que le créancier a remis à le ſigner, lorſqu'il ſeroit payé : néanmoins ſi cette quittance eſt datée, de maniere qu'il n'y manque que la ſignature ; ſi c'eſt une quittance toute ſimple, & dont il n'y ait pas eu beſoin de faire un modele : enfin s'il ne paroît aucune raiſon pour laquelle cette quittance ait pu parvenir au débiteur avant le payement ; en ce cas, M. Potier penſe qu'on doit préſumer que ce n'eſt que par oubli que la quittance n'a pas été ſignée, & qu'elle doit faire foi du payement, ſur-tout ſi on y ajoûte le ſerment ſupplétoire du débiteur.

Si l'acte non ſigné ſur feuille volante tend à l'obligation de la perſonne qui l'a écrit, tel qu'une promeſſe, un acte de vente, &c ; quoiqu'il ſe trouve entre les mains de celui envers qui l'obligation devroit être contractée, il ne fait néanmoins aucune preuve contre la perſonne qui l'a écrit, que l'obligation a été effectivement contractée ; & il ne paſſe que pour un ſimple projet qui n'a pas eu d'exécution.

[*] M. Potier, *loco cit.* p. 320, ſe décide, dans le même cas, par une raiſon différente, ſçavoir, la faveur de la libération, ſuivant cette régle, *Semper in obſcuris quod minimum eſt ſequimur.* L. 9, *ff. de R. jud.* enſorte que, dans le cas inverſe, la ſomme exprimée dans le corps de l'acte, étant plus forte que celle exprimée dans le *bon*, *cæteris paribus*, la promeſſe ne vaudra que pour la ſomme exprimée dans le *bon* qui eſt moindre, à moins que l'expreſſion de la cauſe de la dette ne faſſe connoître que c'eſt la plus forte ſomme qui eſt dûe.

rant de cette marchandiſe eſt plus conforme à la valeur exprimée dans l'apoſtille, qu'à celle exprimée dans l'acte [*] ; mais il faudroit que ce prix fût évident, & que la différence fût, pour ainſi dire, énorme, parce qu'en matiere de vente de meubles ou marchandiſes, il eſt permis, dit la loi, de ſe tromper dans le prix.

7. On peut demander encore ſi la quittance & le bordereau des eſpeces de la ſomme qui a été payée ne ſont pas conformes, auquel de deux il faut ajoûter foi ? notamment ſi le bordereau a été paraphé par les parties, ou qu'il ſoit fait mention qu'il eſt demeuré annexé à la minute de la quittance ; & en ce cas ce bordereau ne ſert qu'à juſtifier l'erreur de calcul, qui ne ſe couvre point, & pour juſtifier lequel, la preuve par témoins ſeroit inutile.

8. Mais la difficulté eſt de ſçavoir ſi, dans les bureaux publics, où il ſe fait un maniement conſidérable d'argent, un bordereau, ou étiquette d'un ſac doit faire foi des eſpeces qui s'y doivent trouver, quoique ce bordereau ne ſoit point ſigné, ni même écrit de la main de celui qui a donné le ſac en payement d'une certaine ſomme, quand cette ſomme mentionnée dans ce bordereau, ou étiquette, ne s'y trouve pas, ce qui dépend uniquement des circonſtances ; car ſi, ſur la foi de ce bordereau, ou étiquette, celui qui a reçu, a pris les ſacs (ſans compter l'argent,) pour la ſomme qui y étoit marquée, il eſt en bonne foi ; & s'il rapporte ſur le champ le ſac au caiſſier de qui il l'a reçu, & qu'il affirme qu'il ne l'a point confié à d'autres, on peut lui accorder la preuve par témoins, à l'effet de juſtifier que le compte ne s'y eſt pas trouvé, quand il l'a compté après l'avoir reçu. Mais le caiſſier, de ſa part, peut ſoutenir que celui qui a pris le ſac, ſans compter, a ſuivi ſa foi ; & ainſi qu'en affirmant par lui qu'il a compté l'argent, avant de lui donner le ſac, il en doit être cru, notamment s'il a ſerment à juſtice ; ce qui eſt certain, s'il n'y a des circonſtances de fraudes évidentes de ſa part, parce que celui qui reçoit de l'argent de lui, a la liberté de compter

[*] Par exemple, ſi la promeſſe écrite de la main du débiteur porte : Je reconnois devoir à un tel la ſomme de 200 liv. pour dix aulnes de drap de Lagnon qu'il m'a vendu & livré, & qu'il ſoit conſtant que cette eſpece de drap étoit du prix d'environ 20 liv. l'aune, ſans même que la preuve par témoins ſoit néceſſaire, la promeſſe vaudra pour 200 liv. quoiqu'il ſoit écrit : *Bon pour 300 liv.*

cet argent en ſa préſence ; & s'il ne l'a pas fait, il eſt cenſé avoir ſuivi ſa foi.

9. La ſeconde queſtion dont parle Boiceau en ce chapitre, eſt de ſçavoir quand on eſt cenſé avoir contracté par Lettres miſſives. M. Cujas, ſur la loi 6, *Depoſiti*, *ff.* ci-deſſus citée, après en avoir rapporté l'eſpece, dit qu'à la vérité, à parler réguliérement, on ne peut contracter une obligation par cette voie ; mais que cette Lettre, dont parle cette loi, pouvoit ſervir de preuve des choſes que Titius avoit en dépôt, appartenantes à Sempronius, & que ces choſes ainſi énoncées ſont la cauſe & la matiere d'une obligation, & non pas une obligation ; en telle ſorte que, par cette Lettre, Titius n'eſt pas réputé débiteur de Sempronius, cela eſt vrai, ſeulement au cas que Sempronius prouve que les choſes énoncées dans cette Lettre lui ont été dépoſées entre les mains, ſi ce n'eſt, dit M. Cujas, que cette Lettre ſoit écrite à une perſonne préſente ſur les lieux, laquelle n'étant pas proprement une Lettre, eſt regardée comme une ſtipulation entre préſens [*].

Néanmoins la loi 24, *de Conſtitutâ pecuniâ*, dit qu'entre abſens on peut contracter par lettre & par meſſager ; & M. Cujas, dans ſon Commentaire ſur cette loi, cite le §. *Ideò* des Inſtituts, *de Obligat. ex conſenſu*, qui dit la même choſe [**] ; & ſur la loi 48, *de acquirendâ, vel amittendâ poſſeſſione*, il dit même qu'on peut faire une donation par une Lettre, mais qu'elle ne peut pourtant recevoir ſon accompliſſement, ſi elle n'eſt enſuite acceptée.

Charondas, dans ſes Obſervations *in verbo* LETTRES,

[*] Tronçon, ſur l'art. 107 de la Cout. de Paris, prétend que « les lettres miſſives, tout ainſi que les promeſſes & » cédules, ſont valables pour obliger » ceux qui les écrivent, & que, quand » elles ſont reconnues, elles tiennent » lieu de contrat, & acquierent hypo» theque du jour de la reconnoiſſance. » *L. Qui negotia, ff. Mandati ; & l. Dotale prædium, ff. de Fundo dotali.*

[**] Il s'exprime en ces termes : *Inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epiſtolam vel per nuntium ;* mais ces lettres ne forment que des commencemens de preuve par écrit, qui ont beſoin d'être ſoutenus d'autres preuves, & qui n'ont d'autre effet que de faire admettre la preuve teſtimoniale.

Cependant, ſi une lettre miſſive ajoûte qu'elle ſervira de reconnoiſſance, alors elle forme un titre en faveur de celui qui en eſt porteur ; la raiſon eſt que telle a été la volonté de celui qui l'a écrite, & qu'il doit s'imputer la confiance qu'il a eue, en donnant ſa reconnoiſſance d'un prêt incertain ; on peut ſeulement, dans ce cas, demander l'affirmation du porteur des lettres.

cite

cite un arrêt à ce ſujet, du 8 Avril 1559, qui condamna aux dommages & intérêts celui qui avoit écrit une Lettre, par laquelle il mandoit, contre la vérité, à un autre, que certain héritage qu'il vouloit acheter, n'étoit chargé d'aucune rente, parce qu'on jugea qu'il y avoit du dol de ſa part, cette Lettre étant une preuve par écrit de ſa fraude ; & la preuve par témoins auroit été accordée, ſi on l'eût demandée ſur le fondement de cette Lettre. *L. Quod venditor 37, de Dolo, ff.*

10. Le même Charondas, au même endroit, remarque qu'entre marchands, la Lettre de créance par laquelle un marchand prie un autre marchand, ſon correſpondant, de donner à quelqu'un tout l'argent & toutes les marchandiſes qu'il lui demandera, quand elle eſt rapportée par le correſpondant, eſt une preuve tacite qu'il a donné cet argent, ou livré ces marchandiſes, parce que tel eſt l'uſage de contracter entre marchands par le moyen de ces ſortes de Lettres. Mais ſi ce correſpondant n'a pas eu la précaution de tirer une reconnoiſſance de la perſonne à laquelle il a livré l'argent ou fourni les marchandiſes, & s'il s'eſt contenté de garder ſeulement la Lettre de créance ; on demande ſi cette Lettre ſera un commencement de preuve par écrit, ſuffiſant pour obtenir la preuve par témoins de cette livraiſon ; & il y doit être reçu, ſuivant ce qui a été dit ci-deſſus, à cauſe de la bonne foi du commerce, & qu'il y a lieu de préſumer que puiſqu'il rapporte cette Lettre de créance, il a ſatisfait à ce qui y eſt contenu, notamment s'il en a chargé ſon livre journal.

11. Que ſi cette Lettre étoit adreſſée à un autre qu'à lui, lequel ne l'ait pas voulu acquitter, & que celui qui la rapporte, qui n'étoit pas ſon correſpondant, & qui n'avoit, par conſéquent, point de fonds à lui entre ſes mains, ait bien voulu y ſatisfaire & le payer, ſans avoir auſſi eu la précaution d'en tirer une quittance de celui à qui il l'a payée, ou qu'en ayant tiré une, il l'ait enſuite perdue, il ſemble qu'il y a plus de difficulté ; car la préſomption ſemble être contre lui, parce qu'il n'avoit aucun fonds à celui pour lequel il a payé, & qu'ainſi il n'étoit point tenu de la payer : cependant, du moment qu'il a entre ſes mains cette Lettre de créance, elle fait ceſſer toute autre préſomption, & lui tient lieu du moins de commencement de preuve par

écrit du payement qu'il en a fait, en conſéquence duquel on ne peut lui refuſer la preuve par témoins.

12. Il reſte à parler des Lettres de recommandation, dont Boiceau rapporte une eſpece ſur la fin de ce chapitre. Pour décider la difficulté qu'il y propoſe, il n'y a qu'à rapporter ce que M. Cujas dit ſur ce ſujet ſur le titre *ad ſenatuſconſultum Maced. ff.* Il décide que ſi quelqu'un a avancé de l'argent à un fils de famille pendant l'abſence de ſon pere, ſoit pour ſes études, ou à cauſe d'une ambaſſade où il avoit été envoyé; ſi cet argent n'excede point la ſomme que ſon pere avoit coutume de lui fournir, il doit en être rembourſé. Mais il remarque qu'il ne ſuffit pas que cet argent ait été avancé à ce fils pour des choſes qui lui étoient néceſſaires, ſi le pere n'avoit pas coutume de les lui fournir, parce qu'un pere n'eſt pas toujours en état de donner à ſes enfans tout ce qui leur eſt néceſſaire, lui étant permis d'examiner s'il eſt en état de faire cette dépenſe, par rapport à ſon bien & à l'état préſent de ſes affaires; & il faut même que cet argent ainſi avancé, ait été effectivement employé en choſes abſolument néceſſaires, comme en nourritures, en habits, en linge, & que le créancier en rapporte la preuve. Que ſi le pere étoit abſent, & qu'il n'ait point envoyé d'argent à ſon fils pour ſes beſoins, mais qu'il ait prié ce créancier, ſon ami, par Lettres, ou autrement, de lui en avancer; alors, quand il n'y auroit pas une preuve complette de ſes avances, ni même aucune Lettre du pere, il ſeroit recevable à en demander la preuve par témoins, d'autant qu'étant conſtant que ces avances ont été par lui faites en faveur du fils, il n'eſt pas juſte que le pere, à l'acquit duquel elles ont été faites, en profite [*].

[*] Mais ſi je vous ai écrit de compter une certaine ſomme à une perſonne, & que j'en duſſe avoir la répétition contre cette perſonne, faute par vous d'en avoir tiré le reçu, vous ne ſerez pas admis à la preuve teſtimoniale contre moi; car, en vous accordant que vous l'avez comptée, vous ne pouvez me la demander, faute d'avoir retiré le reçu qui m'eſt néceſſaire pour la répéter. Potier, *loco cit.* p. 385.

CHAPITRE III.

Des Ecritures privées non cauſées

SOMMAIRE.

1. *Ce que c'eſt que* pactum nudum.
2. *Ce qu'il faut obſerver, quand une promeſſe n'eſt point cauſée.*
3. *De l'action de condiction qu'a celui qui a payé une promeſſe non cauſée.*
4. *Qui doit faire la preuve en ce cas.*
5. *On préſume, entre certaines perſonnes, que celui qui a payé le contenu dans une promeſſe non cauſée, a eu deſſein de donner.*
6. *C'eſt au demandeur à prouver qu'il a payé par erreur.*

1. LA ſeconde queſtion qui ſe préſente ſouvent ſur cette ſeconde partie de l'ordonnance, eſt au ſujet d'une promeſſe ſous ſeing-privé, laquelle ſe trouve n'être point cauſée, comme il s'en voit ſouvent qui ſont écrites en ces termes : *Je Caïus confeſſe devoir cent écus à Titius que je promets lui payer à ſa volonté ;* car il eſt certain que cette reconnoiſſance eſt, comme on dit, *toute nuë*, parce qu'il n'y a aucune cauſe exprimée ; & c'eſt ainſi que le pacte nud & ſimple eſt conçu, quelque choſe qu'en aient dit les docteurs & gloſſateurs de droit ; car Ulpien appelle une paction nuë, celle qui n'eſt point cauſée, & qui ne donne aucune action ; & c'eſt pourquoi j'ai vu ſouvent

---

1. QUÆSTIO ſecunda, quæ in hanc poſteriorem legis partem ſæpè occurrit, eſt de ſcripturâ privatâ, nullam cauſam habente, ut multoties viſum eſt ità ſcribi : *Ego Caïus, fateor me debere Titio aureos centum, quos ſolvere, cùm voluerit, promitto.* Certum eſt enim talem confeſſionem omnimodò nudam eſſe, cùm nullam habeat cauſam expreſſam. *a* Et hæc videtur vera pacti nudi diffinitio, quicquid inter doctores & gloſſatores tamdiù diſputatum fuerit. Ulpianus *b* enim, pactionem, cui nulla ſubeſt cauſa, nudam appellat, nullamque ex eâ actio-

a *L.* 1, *ff. de Condict. ſine cauſ.*

b *L. Juris gentium*, §. *Sed cùm nulla*, §. *Quinimò*, §. *Adeo*, *ff. de Pact. L. Petens*, *C. eod. l. Pacta conventa*, *ff. de contrah. Emp.*

alléguer en juſtice, par forme d'exception contre ces ſortes de promeſſes ſous ſeing-privé, qu'elles étoient nulles, parce qu'elles n'étoient point cauſées; & ſur ce fondement, on prenoit des Lettres de reſciſion pour les faire déclarer nulles, comme faites ſans cauſe, & n'ayant pas même dû être faites : on demande ſi le créancier, en ce cas, peut être reçu à prouver par témoins quelle eſt la cauſe de cette promeſſe, qui ne s'y trouve point exprimée; ce que j'eſtime être permis, ſuivant cette ordonnance, qui déclare qu'elle n'entend point préjudicier à la foi des écritures privées, enſorte que le créancier peut ſe ſervir de ces ſortes d'écritures, & ſi elles ſont déniées, les prouver par témoins, comme nous avons dit ci-deſſus.

2. Ainſi, par la même raiſon, quand, dans une cédule ſous ſeing-privé, on a obmis par inadvertance d'exprimer la cauſe de la dette, comme il arrive ſouvent entre marchands, ou entre perſonnes ruſtiques & ſimples; j'eſtime qu'il ſeroit injuſte de refuſer la preuve par témoins, ſi on dénie que la promeſſe ait eu aucune cauſe, puiſqu'il y a déja un commencement de preuve par écrit dans cet acte, qui ne fait pas une legere préſomption qu'il y en a eu une qui y a donné lieu, notamment s'il y a quelque liaiſon de commerce, ou d'affaires entre les parties, comme entre marchands, aſſociés, cohéritiers, amis & autres, avec leſquels on a coutume d'avoir quelque relation d'affaires;

---

nem concedit; & idcircò ſæpè vidi contrà ejuſmodi ſcripta privata, excipi in judicio, de nullitate propter non expreſſam cauſam : atque ob id nonnulli reſcripto reſtitutorio uti ſolent, ut talis confeſſio annuletur, tanquàm ſine cauſâ & indebitè ſcripta. *a* In his ergò caſibus, nunquid creditor cauſam quæ deficit, & ſcripta non eſt, teſtibus probare poterit? Puto quòd ſic, ex diſpoſitione conſtitutionis iſtius : quâ cautum eſt, privatis ſcripturis principem præjudicare non velle, adeò ut, ipſis privatis ſcriptis uti poſſint creditores, & ea, ſi denegentur teſtibus probare, ut ſuprà diſputavimus.

a L. Cùm & ſolutæ, C. de Condict. ind.

2. Eâdem ergò ratione, cùm in chirographo manuſcripto, per incuriam fortè, aut oblivionem, aut ineptiam ſcribentis, omiſſa eſt cauſa, ut ſæpè fit inter mercatores nonnullos, ruſticos & ineptos, iniquiſſimum putarem, cùm de ſcripto jam conſtet, quòd, non levem præ ſe fert præſumptionem, ſi cauſæ allegatio & probatio denegaretur : maximè, ſi aliqua ſit inter ſcribentes converſatio, & negotiatio, ut inter mercatores, ſocios, cohæredes, familiares, & alios, quibuſcum ne-

& c'eſt ce que ſemble dire le juriſconſulte Paulus, & ce qui eſt auſſi très-certain, ſuivant le droit canon ; mais c'eſt au juge à examiner les circonſtances dont il vient d'être parlé.

3. Il faut juger la même choſe dans une autre queſtion qui dépend de cette premiere. Si, par exemple, celui qui a payé une ſomme en vertu d'une cédule non cauſée, la peut répéter, comme l'ayant payée indûement, ainſi qu'il eſt permis en droit ; car, dira le débiteur, puiſque c'étoit une convention nuë, c'eſt-à-dire ſans cauſe, & qui ne produiſoit aucune action, il étoit même en droit de ſe faire rendre l'obligation comme non dûe : donc le payement n'en devoit pas être fait ; mais parce que le créancier pourra repliquer que, quoique ce fût une convention nuë qui ne produiſoit point d'action, elle produiſoit pourtant en ſa faveur une exception utile, & qu'ainſi le débiteur ayant reçu l'argent en vertu de cette promeſſe, quoique non cauſée, il n'a pas laiſſé d'acquérir une légitime exception contre lui, pour s'empêcher de lui rendre cette ſomme, ſi le débiteur ne prouve évidemment que c'eſt par ignorance, & par erreur de fait, qu'il lui a payé cette promeſſe, quelqu'un demandera peut-être ſi la preuve par témoins peut être accordée en ce cas, & lequel des deux ſera chargé de la faire, ou celui qui allégue que la promeſſe a eu une cauſe effective, & qui demande à le prouver, ou celui qui dit que c'eſt par erreur de fait, & par igno-

---

gotiari conſuetum eſt, *a* & id videtur ſentire Paulus : *b* quod & jure canonico *c* certiſſimum eſt. Superiores autem circumſtantiæ pro judicantis arbitrio diligentiùs conſiderari poterunt.

3. Idem judicandum eſt, in aliâ quæſtione, quæ à præcedenti pendet, ſi nempè is qui ex chirographo, cauſam non habente, ſolvit, tanquàm indebitam hanc pecuniam repetere contendat, ut videtur jure cautum : *d* nam cùm nuda, diceret actor, fuerit in hoc caſu promiſſio, & ex quâ nulla erat actio, imò condicenda obligatio, *e* indebita ergò fuit ſolutio : ſed quià reus excipere poſſet, quòd quamvis nuda ſit pactio, & ad agendum inefficax videatur, ad excipiendum tamen eam pro ſe utilem eſſe : *f* atque ità, cùm ipſe actor, ex eâ obligatione non cauſatâ, pecuniam receperit, contrà prætenſam repetitionem legitimam ſibi competere exceptionem, niſi evidens ignorantia ſolventis probetur, quæreret forsàn aliquis, an cauſa debiti, teſtibus probari poſſit, & cujus ſit pro-

a *Ut not. in L. Si quis ex argentariis, §. Rationem, ff. de Edend.*

b *In l. Cùm de indebito, ff. de Prob.*

c *Id cap. Si cautio, ubi canoniſtæ, extr. de Fid. inſtrument.*

d *L. Cùm & ſoluta junct. Gloſſ. C. de Condict. indeb.*

e *L. 1, ff. de Condict. ſinè cauſ.*

f *L. Juris gentium, §. Adeo, ff. de Pact. l. Pacta conventa, de cont. Empt.*

rance qu'il a payé, ou enfin si cette preuve doit être accordée à l'un & à l'autre ?

4. Quant à la premiere difficulté, il a déja été dit que l'on peut prouver par témoins la cause qui n'a point été exprimée dans la promesse. Quant à la seconde, je crois que l'un & l'autre doit être admis à faire cette preuve, & non pas le seul défendeur, ou créancier qui, en ce cas, a deux présomptions en sa faveur ; la premiere, qui résulte de ce qu'il a entre ses mains la promesse signée du débiteur ; & la seconde, qui résulte du payement volontaire qui lui en a été fait par ce débiteur, lequel payement tient lieu d'une reconnoissance géminée qui doit faire présumer que la promesse n'a point été faite par simplicité, ni par erreur.

5. A quoi il faut ajoûter que le débiteur ayant payé gratuitement, & sans cause, il est présumé avoir eu une cause qui l'a obligé de donner & d'exercer par-là sa libéralité, puisqu'il l'a fait sans y être teuu par aucune obligation de droit, particuliérement si la chose s'est passée entre personnes conjointes par parenté, ou unies d'amitié, comme entre un pere & un fils, entre proches parens, ou amis intimes, & autres semblables personnes, dont parle le jurisconsulte Paulus. De plus, on présumera de

---

batio ? Utrùm rei, causam allegantis, an actoris, ignorantiam & errorem seu injustam causam asseverantis, an utriusque ?

4. Quoad primum, jam dictum est : causam in obligationibus deficientem, testibus probari posse. Quoad secundum, puto quòd utriusque incumbat probatio, non autem soli reo, qui in hoc casu binâ præsumptione fultus est : primâ, quòd jam scriptura subsignata penès se reperta fuerit : alterâ, quòd quamvis causata non esset, tamen spontaneâ solutione firmata sit, atque ità iterata adsit recognitio, & confessio, ex quâ debitum, vel obligationem, nec facilitate, nec levitate, nec errore factam fuisse jure præsumitur.

5. *a* Hoc etiam addito, quòd cùm liberali animo, hujuscemodi debitum solverit debitor, causam donandi seu liberalitatem exercendi habuisse videtur, cùm nullo jure cogente id fecerit, *b* maximè si conjunctæ personæ sint, aut alio affectionis, aut necessitudinis vinculo sibi invicem devinctæ, *c* ut pater & filius, proximi parentes, socii, & amici non levi notitiâ conjuncti, ut loquitur Paulus, *d* aliique similes. Item causa sufficiens forsàn præsumetur inter mercatores, simùl negotiari consuetos, in certo genere negociationis, ut inter artifices simul habitantes, aut seor-

a *L. Si mulier*, 2, *C. ad Velleïan. L. unic. C. de plus petition. l. In contractibus*, §. 1. *junct. gloss. C. de non num. pecun. l. Cùm notissimi*, §. *Sed & si quis*, *C. de Præscr.* 30 *vel* 40 *an.*

b *Vulgat. L Camanus, ff. de Oper. liberat. l. Sed etsi*, §. *final. ff. Si quis cautionibus.*

c *L. Affectionis, ff. de Donationib. l.* 1, *ff. de Tutel. & ration. dest.*

d *In l. Latæ*, §. *Amicos*, *ff. de verb. Sign.*

même qu'il y a une cauſe légitime de la promeſſe, ſi c'eſt entre marchands qui ont accoutumé de trafiquer enſemble dans un certain genre de négoce, plûtot que de préſumer qu'elle ſoit nulle, comme diſent Bartole & Balde. Il faut décider la même choſe, ſi c'eſt entre ſoldats de même compagnie, à cauſe de l'étroite amitié qui eſt entr'eux.

6. De ce que deſſus, il s'enſuit donc que le demandeur qui plaide pour la reſtitution de ce qu'il a payé, eſt chargé de prouver que c'eſt par erreur, par ignorance, & ſans cauſe, qu'il a payé cette promeſſe; & il eſt recevable à en faire la preuve par témoins: que s'il ne le prouve pas, il faut décharger le défendeur qui eſt créancier, parce qu'en concurrence de cauſe, celle de celui qui poſſede, ou qui a reçu, eſt la meilleure.

---

sùm, ad mutuam tamen ejuſdem mercaturæ negociationem. In his enim facilè conjicitur tales chirographos, causâ nudos, tantum favorem ex communi artificio habere, ut ad cauſam inter eos proximam, *a* magìs quàm ad nullitatem, facti eſſe cenſeantur, ut docent Bartol. & Bald. *b* Et idem in fratribus commilitonibus, *c* ob chariorem inter eos amicitiam.

6. Ex his ergò, in hâc propoſitâ quæſtione, ſequitur, actorem de pecuniâ repetendâ certantem, probatione oneratum eſſe, quòd errore, vel ignorantiâ, vel ſinè cauſâ ſoluta fuerit, idque teſtibus eum probare poſſe, ſuprà dictis rationibus: quòd ſi nihil omninò probaverit, putarem reum abſolvendum, tanquàm in dubio favorabiliorem: *d* & quià in pari causâ melior eſt conditio poſſidentis. *e*

a *Arg. L. Socium, §. fin. ff. pro Soc.*

b *In ſuis tractatib. de duob. fratr.*

c *Not. in l. Cùm allegas, C. de caſtr. Pecul.*

d *L. Arrianus, ff. de Act. & Oblig. L. Favorabiliores de Reg. jur.*

e *L. 2, C. de condiction. ob. turp. cauſ. L. Ea quæ, C. de Donatione antè nupt.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE III.

SOMMAIRE.

1. *Une promeſſe, quoique non cauſée, ne laiſſe pas d'être une préſomption de la dette.*
2. *Cette préſomption ne rejette point la preuve ſur le débiteur, mais ſur le créancier.*
3. *Ce que c'eſt que* pactum nudum *en droit, lequel ne produit qu'une ſimple exception, & non pas une action.*
4. *On y ajoûtoit en droit une ſtipulation verbale, afin qu'il produiſit l'action* ex ſtipulatu.

5. *Le pacte par écrit, parmi nous, produit une action.*
6. *Autre queſtion au ſujet des blancs-ſignés.*
7. Quid? *ſi dans la promeſſe il y a* Je reconnois devoir, *ou* Je promets faire compte, *ou* Je promets payer.
8. *Si la quittance eſt de plus grande ſomme que celle que le créancier a reçue.*
9. *Si la promeſſe exprime une cauſe légitime, & que celui qui l'a faite, demande à prouver qu'il y a une autre cauſe illégitime qui y a donné lieu.*
10. *Si le débiteur promet payer* trois cens, *par exemple, & a oublié d'ajoûter* livres, *ou* écus, *ſçavoir ſi la preuve eſt recevable, & lequel, du débiteur ou du créancier, ſera tenu de la faire?*
11. Quid? *ſi la ſomme mentionnée en la promeſſe eſt effacée, ou ſe peut lire diverſement.*

1. IL y a deux queſtions traitées dans ce chapitre, qui regardent les promeſſes & obligations non cauſées. Boiceau en examine toutes les circonſtances; il n'y a qu'à les ſuivre, & on ajoûtera enſuite quelques autres queſtions ſur ce ſujet, dont il n'a point parlé. Il faut obſerver d'abord ſur la queſtion en général, que quoiqu'une promeſſe ne ſoit point cauſée, néanmoins elle tient lieu de préſomption tacite, que celui qui l'a faite eſt débiteur de la ſomme qui y eſt exprimée; car perſonne n'eſt préſumé s'obliger ſans cauſe. On ne s'aviſe pas de ſigner ſérieuſement une promeſſe ſans en avoir reçu la ſomme, & gratuitement, ſous l'eſpérance de la faire déclarer nulle, quand on voudra, comme n'étant point cauſée.

2. Ce qu'il y a de particulier, eſt que cette préſomption ne rejette point la preuve ſur le débiteur qui n'eſt point chargé de prouver qu'il n'a rien reçu, (ce qui eſt une propoſition négative qui ne ſe peut prouver;) mais c'eſt au créancier, quoiqu'il ait un titre en main, (ſçavoir la promeſſe non cauſée,) à prouver qu'il a effectivement donné de l'argent, & que cette promeſſe a eu une cauſe, ſon titre étant nul ſans cela [*].

[*] Un arrêt de réglement, du 16 Mai 1650, déclare nuls les billets & promeſſes qui ne contiendront pas l'expreſſion des cauſes pour leſquels ils ont été paſſés; mais il ne paroît pas que le parlement ſuive à la rigueur la régle qu'il s'eſt lui-même preſcrite à cet égard, ainſi qu'on peut le remarquer par plu-

Or

[f] Or une promeſſe ſans cauſe, eſt ce que les juriſconſultes appellent, comme dit Boiceau, une convention nuë, *nudum pactum*, c'eſt-à-dire un pacte qui n'a point paſſé les bornes d'une ſimple convention, parce que n'ayant nulle cauſe, il eſt cenſé n'avoir eu aucun effet ni aucune exécution, n'ayant rien été donné, ni rien fait en conſéquence de cette convention; ainſi que l'explique M. Colombet en ſes Paratitles; & c'eſt ce qui le diſtingue entiérement des contrats qui ont un nom certain.

3. Or il eſt conſtant en droit que cette convention nuë, ou verbale, ne produit aucune action, mais une ſimple exception: la raiſon qu'en rend Gudelinus, *de Jure noviſſ. l.* 3, *chap.* 5, c'eſt qu'à l'égard des ſimples promeſſes verbales, on les fait legérement & ſans réflexion, pour l'ordinaire; ce qui a été cauſe queles anciens légiſlateurs Romains n'ont point voulu donner action en ce cas, quoiqu'il ſoit de la juſtice de garder la parole qu'on a donnée, afin que perſonne ne ſe trouvât ſurpris à l'occaſion de ce qu'il auroit promis ſans y penſer, & pour éviter ainſi pluſieurs procés.

4. Car il faut remarquer qu'en droit ce qu'on appell it *nudum pactum*, étoit une promeſſe verbale, & que pour la faire valoir, on y ajoûtoit une ſtipulation réciproque qui étoit verbale auſſi, & laquelle avoit la vertu de faire de ce pacte une véritable obligation, laquelle produiſoit enſuite l'action *ex ſtipulatu;* ce qui n'a nul rapport avec l'eſpece dont il s'agit dans ce chapitre, dans lequel il eſt queſtion d'une promeſſe rédigée par écrit, en laquelle la cauſe n'eſt point exprimée, & laquelle ne peut être appellée *un pacte nud* qu'improprement.

ſieurs arrêts rendus depuis, & nommément celui du 16 Mai 1664, qui ſe trouve au Journal des Audiences, t. 2, liv. 6, ch. 31. Deniſart, *verbo* BILLET, en rapporte un autre du 29 Mars 1738, rendu en faveur du ſieur de Bruix, qui convenoit n'avoir pas fourni les 10000 l. portées au billet dont il demandoit le payement, mais faiſoit voir que ce billet avoit été fait à ſon profit, pour ſervir de dot à la perſonne qu'il avoit épouſée, ſans néanmoins que la cauſe y eût été exprimée. Il y en a un autre du 29 Juillet 1706, rapporté par Augeard.

En effet, toute obligation a néceſſairement ſa cauſe dans le motif qui a fait conſentir la partie à s'obliger; & ces paroles, par exemple, *Je reconnois devoir*, marquent aſſez la cauſe du billet, & qu'il n'a été fait que parce que celui qui l'a ſouſcrit, devoit réellement; mais cela dépend beaucoup des circonſtances. Ce ſont ſans doute les circonſtances qui ont déterminé un arrêt de la cour, du 30 Août 1716, rendu au rapport de M. l'abbé le Meunier, qui a jugé qu'une obligation dont la cauſe n'étoit pas exprimée, étoit nulle, & n'engendroit pas d'action.

5. Or parmi nous il eſt certain, dit Gudelinus, au même endroit, que l'on donne action en vertu d'un ſimple pacte par écrit, comme on la donnoit à Rome en vertu d'un ſimple pacte, quand il étoit ſuivi d'une ſtipulation verbale, leſquelles n'ont point lieu, ſuivant nos mœurs, ſi elles excedent cent livres, la preuve n'en étant pas reçue par témoins.

6. On peut ajoûter encore ſur cette queſtion générale, que les termes de la promeſſe ſont ſouvent déciſifs, parce qu'ils peuvent faire préſumer une cauſe effective de la promeſſe, quoiqu'elle n'y ſoit pas diſertement exprimée; ainſi ce mot *devoir*, eſt un terme général qui ſuppoſe une cauſe légitime de la promeſſe, & ſuffit ſeul pour faire condamner le débiteur au payement.

7. Autre choſe eſt, ſi la promeſſe eſt conçue en ces mots : *Je promets faire compter à Titius la ſomme de mille livres, à ſa volonté*, ou *lui livrer une certaine choſe;* car ces termes, *compter*, *livrer*, n'induiſent pas néceſſairement que celui qui a fait la promeſſe ſoit débiteur, puiſqu'on peut dire que s'il s'eſt obligé de compter une ſomme à un autre, c'eſt à la charge qu'elle lui ſera par lui rendue dans la ſuite : ce n'eſt pas une preuve qu'il ait reçu pour lui cette ſomme, avant d'avoir ſigné cette promeſſe; & s'il a promis de livrer une choſe, cela peut s'entendre, à la charge qu'on lui en payera le prix, & non pas qu'il en ait déja reçû la valeur [*]: mais s'il y avoit ſimplement ces mots, *Je promets payer*, quelques-uns en font difficulté, & ſoutiennent que ce mot *payer*, eſt la même choſe que s'il avoit écrit : *Je reconnois devoir;* ce qui eſt obligatoire, comme il vient d'être dit; & j'eſtime que, du moins en ce cas, comme dans les précédens, une telle promeſſe eſt un commencement de preuve par écrit, qui peut faire admettre la

[*] Un ſieur Manſart, porteur d'un billet de 9015 liv. fait à ſon profit, avoit remis ce billet à l'abbé Richard, avec cette reconnoiſſance écrite ſur le même billet : « J'ai donné le préſent billet à » M. l'abbé Richard, en nantiſſement de » la ſomme de 2400 liv. » Queſtion de ſavoir ſi cette reconnoiſſance étoit obligatoire envers l'abbé Richard? Le ſieur Manſart ſoutenoit la négative, parce que, diſoit-il, 1° elle n'exprimoit aucune valeur fournie; 2° il ne s'étoit pas reconnu débiteur. Les héritiers de l'abbé Richard répondoient que la valeur fournie ſe prouvoit par le nantiſſement exprimé dans la reconnoiſſance; une ſentence du châtelet du 5 Décembre 1754, confirmée par arrêt du 5 Mai 1755, condamna le ſieur Manſart au payement des 2400 liv.

preuve par témoins de la cauſe de cette promeſſe, en faveur du demandeur.

8. Quant à ce que dit Boiceau de l'action de condiction qu'a celui qui a payé une promeſſe non cauſée, il n'y a rien à ajoûter à ce qu'il en dit. Mais s'il arrive que le créancier ait donné quittance de plus grande ſomme que celle qu'il a reçue, il n'eſt pas reçu à le prouver par témoins, parce que ſa ſignature eſt une preuve par écrit du contraire, qui ne ſe peut détruire par une preuve par témoins, ſi ce n'eſt qu'il y ait erreur de calcul, laquelle ſoit juſtifiée ou par le bordereau des eſpeces qu'il a comptées, ſi le débiteur en convient, ou de quelqu'autre maniere que ce ſoit.

9. On demande ſi la promeſſe ou obligation exprime une cauſe légitime, mais que le débiteur ſoutienne que ce n'eſt pas cette cauſe qui y a donné lieu, mais qu'elle a été faite, par exemple, pour argent perdu au jeu, la preuve en eſt recevable par témoins; ce qui ne ſe peut dire entre majeurs; car, outre qu'il n'eſt pas permis d'alléguer ſa propre turpitude pour ſe faire reſtituer contre un acte qu'on a paſſé, & qu'en matiere de choſes illicites, la condition de celui qui poſſede eſt la meilleure, ce ſeroit retomber dans l'inconvénient de l'ordonnance de Moulins, qui eſt la ſubornation des témoins, & donner un moyen indirect de détruire la foi des actes par écrit, ou paſſés devant notaire, ſi cela étoit admis: il faut dire la même choſe quand on articule que ſur un blanc-ſigné donné à une perſonne pour lui ſervir de procuration, elle y a écrit, ou fait écrire une promeſſe ou une vente; ce fait n'eſt pas non plus recevable à prouver par témoins: il faut paſſer à l'inſcription de faux, s'il n'y avoit preuve par écrit, qu'il y a eu des blancs-ſignés donnés pour ſervir de procuration ſeulement.

10. Enfin on demande ſi, dans la promeſſe écrite & ſignée de la main du débiteur, il a promis payer *trois cens*, (ſans ajoûter *livres*, *écus*, ou *piſtoles*,) la preuve par témoins eſt recevable en ſa faveur, à l'effet de prouver qu'il n'a reçu que *trois cens livres*, & non pas *trois cens écus*, comme ſoutient le créancier; & il ſemble que l'un & l'autre doivent être reçus à prouver par témoins ce

qu'ils alléguent, parce que l'un & l'autre a pour lui un commencement de preuve par écrit dans ces termes, *trois cens*, leſquels ſont indéfinis, & ne déſignent aucune ſomme ſpéciale. Il eſt conſtant dans les régles, que quand il y a de l'obſcurité dans un contrat, il faut ſe déterminer en faveur du débiteur; l'ambiguité eſt la faute du créancier, *qui potuit rem apertiùs dicere*, outre la faveur de la libération, & l'uſage qui eſt de compter *par livres*, plutôt que *par écus* ou *par piſtoles;* auſſi la préſomption eſt que le débiteur a voulu mettre trois cens livres: néanmoins cette préſomption n'étant qu'une *ſimple préſomption de droit*, la preuve par témoins du contraire pourroit être admiſe, s'il y avoit des préſomptions évidentes du contraire [*].

11. Que ſi la ſomme pour laquelle la promeſſe eſt conçue, ſe trouve effacée, & qu'elle ne ſe puiſſe lire abſolument; ſi on ſoutient que cette écriture a été effacée après coup, il faut appeller des experts pour la vérifier, ou s'inſcrire en faux; & ſi elle ſe peut lire diverſement, il faut la lire dans le ſens qui charge moins le débiteur; & la preuve par témoins peut même être accordée en ce cas, ſi elle eſt jugée néceſſaire, ſuivant les circonſtances.

[*] Pour pouvoir être admis à la preuve teſtimoniale en ce cas, il faut qu'il y ait de la vraiſemblance dans la ſomme que l'on prétend avoir été prêtée; c'eſt pourquoi dans l'eſpece propoſée, on ne ſeroit pas admis à prouver par témoins qu'il a été prêté la ſomme de 300000 liv. Egalement la cauſe de la dette exprimée dans le billet, doit ſervir beaucoup à déterminer la valeur non exprimée.

CHAPITRE IV.

Des Contrats reçus par un notaire qui a inſtrumenté hors ſon reſſort.

SOMMAIRE.

1. *L'acte paſſé par un notaire hors ſon reſſort, n'oblige point les parties.*
2. Quid ? *ſi dans cet acte, une des parties a reconnu avoir reçu une ſomme.*
3. *Un billet ſous ſeing-privé ne laiſſe pas de donner une action, quoiqu'il ne ſoit pas ſigné de trois, ou cinq témoins, comme il eſt requis par la Novelle.*
4. *La nullité de l'acte ne préjudicie point à la verité de ce qui y eſt énoncé.*

1. LA troiſieme queſtion eſt touchant un titre obligatoire paſſé par un notaire qui a inſtrumenté hors ſon reſſort, & lequel eſt néanmoins ſigné de la main du débiteur ; car il eſt certain que ce titre ne fait nulle foi en juſtice, parce que ce notaire eſt une perſonne pure privée, auſſi-bien que le juge, quand il eſt hors de ſon territoire.

2. On demande donc ſi le créancier peut ſe ſervir de cet acte comme d'une promeſſe, à l'effet de pouvoir aſſigner le débiteur en cette maniere : Je demande que Titius ſoit tenu de venir reconnoître ſa ſignature appoſée au bas de cet acte, par lequel il a reconnu me devoir cent écus, & lequel il a

---

1. TERTIA quæſtio eſt, de inſtrumento obligatorio, per notarios extrà territorium confecto, manu tamen debitoris ſubſignato : nam certum eſt, tale inſtrumentum nullam publicam fidem habere, cùm tabelliones, extrà territorium, omninò privati cenſeantur, ſicùt & judices.

2. *a* Nunquid ergò ex tali ſcripto, tanquàm chirographo privato, creditor uti poterit in debitorem, hoc modo : Peto à Titio, ut ſignum ſuum agnoſcat, tali inſtrumento appoſitum, quo faſſus eſt, ſe mihi debere centum,

a *L. Extrà territorium, ff. de Juriſdict. omn. judic.*

ſigné; & qu'après cette reconnoiſſance faite, il ſoit contraint de me payer cette ſomme; & j'eſtime que cette action n'eſt pas hors de raiſon, non pas à cauſe que cet acte eſt paſſé par-devant notaires, mais à cauſe qu'il eſt ſouſcrit par le débiteur, & qu'il eſt indigne d'un homme d'honneur de dénier ſa ſignature, laquelle, s'il la dénie, il eſt permis de vérifier par témoins, quoiqu'il s'agiſſe d'une ſomme qui excede cent livres: même, en ce cas, les notaires qui ont reçu l'acte, pourront, (comme témoins,) appellés à cet acte, & dont le témoignage mérite une particuliere conſidération, (s'il n'y a point de ſuſpicion contr'eux,) être entendus après que leur ſignature aura été reconnue; & le débiteur doit être condamné enſuite à payer, parce qu'il n'y a point de différence à faire entre cette ſignature appoſée au bas d'un acte qu'on a cru authentique, & celle qui ſeroit appoſée au bas d'une écriture privée; &, par conſéquent, l'une & l'autre ſignature doivent avoir une égale force.

3. Or il eſt certain qu'il y a action en vertu de la ſignature ſeule du débiteur, parce qu'il n'y a point d'autre maniere de prouver la vérité d'une écriture privée, que par cette ſignature qui fait foi, ſuivant nos mœurs, quoiqu'elle ne ſoit pas accompagnée de celle de trois témoins, ou de cinq, comme requeroit la Novelle de Juſtinien, parce que ces conſtitutions ne ſont d'aucun uſage en

---

eique hoc nomine ſubſcripſit, ut agnitione factâ, ſolvere compellatur. Puto quòd hæc actio inepta non eſſet, non quidem virtute & authoritate notariorum, ſed virtute ſolius ſubſcriptionis, factæ per debitorem, cujus agnitionem denegare, viro probo indignum erit, & quam denegatam teſtibus probare conceditur, etiamſi de ſummâ centum libras excedente agatur. Imò ipſi notarii tanquàm privati, & ad illud negotium rogati, *a* teſtes, & digniores, ſi nihil ſuſpecti in eos objiciatur, ritè in teſtimonium adhiberi poterunt, probatoque ab eis ſigno, condemnationi locus erit: cùm nulla ſit diverſitatis ratio, intèr ſignum, ſimplici chirographo appoſitum, & ſignum, inſtrumento, quod publicum putabatur, ſubſcriptum, & per conſequens idem jus ſtatuendum ſit.

3. *b* Nam actio ex ſimplici ſigno ſeu ſubſcriptione debitoris datur, cùm nulla inveniri poſſit probationis ſpecies, in illis privatis ſcriptis, prætèr ſignaculum, propriâ manu ſcriptum: quod procedit, etiamsì non adfuerint huic chirographo tres teſtes, ut deſiderabat antiqua Juſtiniani ſanctio, *c* ſivè etiàm quinque, qui ex Novellâ requirebantur. *d* His etenim conſtitutionis

a *Arg. Authent. Rogati, C. de Teſtibus.*

b *L. 2, §. 1, de Admonit. rer. ad civil. pertin. vulg. l. Illud, ff. ad Leg. Aquil.*

c *L. Super chirographariis, C. Si cert. petat.*

d *Arg. Sed novo jure, eod. & in auth. de instr. Cautel. & Fid. §. Oportet, coll. 6.*

France, où l'on reçoit la preuve de la promeſſe par la vérification de la ſignature ſeule du débiteur.

4. Donc, puiſque c'eſt en vertu de ſa ſeule ſignature que la loi donne action, cette ſignature doit opérer le même effet, ſoit qu'elle ſe trouve appoſée au bas d'un acte authentique, ou au bas d'un acte privé; & on ne peut objecter que ce contrat reçu par des notaires hors leur reſſort, eſt nul par rapport aux notaires; car cette nullité ne préjudicie point à la vérité de la ſignature privée, en telle ſorte qu'on ne puiſſe agir en vertu de cette ſeule ſignature, comme d'une écriture privée, parce qu'il y a parité de raiſon, & qu'elle eſt également véritable, & que ce qui eſt bon en ſoi, n'eſt point détruit par ce qui eſt nul & vicieux, particuliérement en matiere de contrats & de conventions licites; & je l'ai vu ainſi pratiquer dans l'uſage, & décider dans les conſultations.

---

bus Gallia noſtra non utitur, ſed ex ſolo ſigno recognito, vel probato, debiti obligationem admittit.

4. Cùm ergò pendeat actio à ſolâ ſubſcriptione, idem debet operari ſignum inſtrumento, quod publicum putabatur, ſubſcriptum, quod operatur ſignum, ſimplici ſcripto appoſitum. Nec verò objici poteſt nullitas, quæ ineſt inſtrumento, reſpectu notariorum, nam hæc nullitas, veritati ſubſcriptionis privatæ non præjudicat, quò minùs ex eâ ſolâ agi poſſit, tanquàm ex privatâ ſcripturâ ſubſcriptâ, cùm eadem ſubſit ratio & veritas, utileque per inutile vitiari non ſoleat, *a* maximè in contractibus, & licitis pactionibus; & ità vidi aliquandò practicari & conſuli.

a L. Certi conditio, §. Quoniam, ff. Si cert. pet. l. 1, in fin. ff. de verb. Oblig.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE IV.

SOMMAIRE.

1. *Sentiment de Brodeau ſur l'acte paſſé par un notaire hors ſon reſſort, ou par un notaire interdit.*
2. *De la dépoſition des témoins dans une enquête nulle.*
3. *De la promeſſe, ou obligation du mineur, paſſée ſans l'autorité de ſon tuteur.*
4. *Des obligations paſſées au profit des abſens, le notaire ſtipulant pour eux.*

5. *Si, quand le débiteur s'eſt obligé pour moins qu'il ne doit, en l'abſence du créancier, cette obligation peut ſervir de commencement de preuve par écrit qu'il doit une ſomme plus conſidérable?*

6. *Si, quand un des contractans refuſe de ſigner un renvoi ou une apoſtille dans un acte, la partie peut prouver par témoins qu'il avoit promis de ſigner?*

1. BOICEAU traite uniquement dans ce Chapitre la difficulté de ſçavoir ſi l'acte paſſé par un notaire hors ſon reſſort, eſt tellement nul que, quoiqu'il ſoit ſigné du débiteur, il ne produiſe aucune action : à quoi il faut joindre ce qu'il a dit dans le chap. 8 de la premiere partie, touchant les contrats nuls dans la forme, où il examine s'ils peuvent au moins ſervir de commencement de preuve par écrit. Brodeau, ſur Louet, lettre N, nombre 10, après avoir prouvé que l'acte paſſé par un notaire hors ſon reſſort, eſt nul, dit qu'il eſt nul ſeulement quant à l'hypotheque, mais qu'il vaut pour écriture privée, d'autant que l'eſſence d'une convention ne conſiſte que dans le conſentement réciproque des parties qui eſt du droit des gens : ainſi le débiteur ne laiſſe pas d'être obligé, quoique cet acte n'ait point d'exécution parée ; & il cite en cet endroit un arrêt du mois de Mars 1614, qui l'a ainſi jugé [*]. Cette déciſion, qui eſt certaine, peut être étendue à l'acte ſigné du débiteur, & paſſé par un notaire interdit ; car le débiteur ayant reconnu devoir, ne peut alléguer l'interdiction du notaire pour profiter indirectement de l'argent qu'il a reçu, en faiſant déclarer l'acte nul.

2. Néanmoins la dépoſition d'un témoin, faite dans une enquête nulle par défaut de formalité, ne fait nulle foi en

[*] Il faut, dit Tronçon ſur l'art. 289 de la Coutume de Paris, faire cette différence entre les teſtamens & les contrats paſſés par-devant un notaire hors de ſon reſſort, que les contrats peuvent valoir comme écriture privée, quoiqu'ils n'acquierent aucune hypotheque ni exécution. Quant aux teſtamens, ils ne valent, ni comme actes publics, ni comme conventions privées & particulieres. La raiſon de la différence vient de ce que les contrats ſont du droit des gens, & les teſtamens du droit public. Les teſtamens étant du droit public, ſont aſſujettis aux ſolemnités requiſes par nos Coutumes ; de ſorte qu'un teſtament reçu par un notaire ou tabellion hors de ſon reſſort, eſt un acte nul de toute nullité, puiſque tel notaire hors de ſon reſſort, n'eſt point notaire, mais perſonne purement privée.

juſtice ;

juſtice, & n'eſt pas même un commencement de preuve par écrit, parce que le témoin peut ſe rétracter en matiere civile, ſans être déclaré faux témoin, & non pas en matiere criminelle après le récollement.

3. On demande ſi le créancier qui a prêté de l'argent à un mineur, en l'abſence, & ſans l'autorité de ſon tuteur, peut demander, en conſéquence de l'obligation qu'il a paſſée avec lui, (quoique nulle,) à prouver par témoins que le mineur a fait un emploi utile de ſon argent, & qu'ainſi il eſt tenu de lui reſtituer? On répond que cela ne doit pas lui être permis, parce que la loi défendant de prêter de l'argent au mineur ſans l'autorité de ſon tuteur, celui qui ne laiſſe pas de le faire, ſuit entiérement la foi du mineur, & ne doit être admis à la preuve par témoins, qui eſt un ſecours que la loi ne doit pas accorder à celui qui a mépriſé ſes défenſes [*]. Outre qu'il y va de la ſûreté du mineur que l'on expoſeroit, par ce moyen, à une ruine évidente, par le temoignage des témoins que l'on pourroit ſuborner: ainſi il eſt juſte d'obliger le créancier à rapporter la preuve par écrit, que le mineur a profité & employé utilement ſon argent en des choſes néceſſaires, & telles que peuvent être celles que ſon tuteur eût été obligé de lui fournir.

4. Il peut naître une autre queſtion au ſujet des obligations paſſées par un débiteur, au profit du créancier abſent, le notaire ſtipulant pour lui; car cet uſage qui avoit lieu à Rome, eſt paſſé juſqu'à nous, dit M. Paſquier, liv. 4 de ſes Recherches, chapitre 14; ce qui eſt confirmé par pluſieurs arrêts rapportés par M. Louet, & Brodeau, lettre D, n. 51.

5. Or, ſi le débiteur a paſſé une ſemblable obligation au profit d'un créancier abſent, pour une ſomme moindre que celle qu'il lui devoit effectivement, & qu'il ſoit enſuite décédé, on demande ſi ce créancier, qui n'a point d'autre reconnoiſſance de ſa dette que cette obligation, peut, après avoir ſoutenu qu'elle devoit être conçue pour une ſomme plus conſidérable, s'en ſervir comme d'un commencement de preuve par écrit, pour obtenir la per-

[*] Ce ſeroit donner facilité aux uſuriers de prêter de l'argent aux mineurs, & de le répéter, en ſuppoſant de faux témoins qui dépoſeroient de l'emploi.

miſſion de prouver par témoins que cette perſonne lui devoit une plus grande ſomme ; & il eſt conſtant qu'il ne le peut ; car il ne lui eſt pas permis de diviſer la reconnoiſſance qu'il a de ſon débiteur, laquelle fait ſon unique titre : il doit ou l'approuver, ou la rejetter pour le tout ; outre que ce ſeroit ouvrir une porte à la fraude & à la ſubornation des témoins, & revenir contre un acte par écrit, par une preuve par témoins ; ce qui ne ſe peut [*].

6. On demande ſi, au cas qu'un notaire ait obmis de faire ſigner une apoſtille, ou un renvoi dans un acte, à l'un des contractans, avant d'en délivrer une expédition, l'autre partie peut faire aſſigner cette perſonne pour ſigner cette apoſtille, ou ce renvoi, & demander à faire preuve par témoins qu'elle étoit convenue de les ſigner en ſa préſence, & de ceux qui ont été témoins dans l'acte ; mais parce que ce ſeroit prouver par témoins une convention que le notaire a dû faire ſigner, ſuivant l'article 84 de l'ordonnance d'Orléans, & l'article 165 de celle de Blois, & dont l'ordonnance de Moulins défend la preuve, cela ne doit pas lui être permis.

[*] Il faut diſtinguer ſi l'abſence du créancier a été continuelle, & qu'en aucun tems il n'ait été en ſon pouvoir de faire rédiger l'obligation telle qu'elle devoit être, comme ſi, étant abſent, il avoit fait délivrer à ſon débiteur la ſomme par un tiers, & que la reconnoiſſance en eût été dreſſée hors la préſence du créancier, & ſans ſa participation, ſans qu'il ait eu le tems de la faire rectifier ; alors, comme il n'y a eu aucune négligence de ſa part, il ſemble qu'on ne doit pas l'exclure de la preuve teſtimoniale, qui eſt ſa ſeule reſſource. Mais ſi le créancier n'a été abſent que lors de la rédaction de la reconnoiſſance, il aura à ſe reprocher de ne l'avoir pas fait faire ſous ſes yeux lors du prêt, ou de ne l'avoir pas fait changer ; & dans ce dernier cas, la préſomption ſera contre lui ; & il y aura lieu de croire qu'il s'en eſt contenté, & qu'elle étoit véritablement telle qu'il pouvoit l'exiger.

CHAPITRE V.

De la Vérification des écritures.

SOMMAIRE.

1. *Premiere maniere en laquelle ſe doit faire la comparaiſon d'écritures.*
2. *Seconde maniere, par la dépoſition des témoins qui n'ont point vu ſigner l'acte.*
3. *Troiſieme maniere, par le rapport des experts.*
4. *Des piéces de comparaiſon.*
5. *Si la comparaiſon d'écritures fait une pleine preuve.*
6. *Diſtinction ſur cette queſtion.*

1. TOUS les habiles praticiens ſçavent la maniere en laquelle ſe doivent vérifier les écritures privées que l'empereur Léon appelle ἰδιόχειρους, ainſi que la ſignature miſe au bas d'un acte public ; ce qui ſe doit faire par témoins, de l'une de ces trois manieres ; car, ou les témoins affirment qu'ils étoient préſens lorſque l'écrit ſous ſeing privé, ou le contrat a été paſſé & ſouſcrit ; & ils dépoſent qu'ils l'ont vu ſigner, ou ſouſcrire de la main de la perſonne dont on prétend qu'eſt la ſignature ; & en ce cas, la dépoſition des témoins eſt une preuve indubitable, parce qu'ils dépoſent de ce qu'ils ont vu faire devant leurs yeux, & en leur préſence ; & elle n'a point beſoin d'autre preuve, parce qu'elle eſt appuyée ſur la foi d'un ſens corporel qui ne ſe trompe point, ſelon Accurſe, & les

---

1. QUOMODO autem debeat verificari ſignum in chirographis, ſeu ἰδιόχειρους ut loquitur Leo imperator, *a* vel in inſtrumentis publicis appoſitum, bonis pragmaticis non eſt ignotum : nam altero de tribus modis, per teſtes fieri debet. Aut enim aſſerunt teſtes, ſe præſentes fuiſſe, cùm chirographus vel contractus conderetur, & ſubſignaretur, & aïunt ſe vidiſſe ſignum vel ſubſcriptionem fieri propriâ manu illius, de cujus ſignaculo quæritur. Et tunc hujuſmodi probatio erit indubitata, tanquam ocularis, & præſentiâ teſtium firmata, & aliâ teſtatio-

a In l. Scripturas, C. Qui potior.

docteurs : ainſi cette dépoſition étant claire & évidente d'elle-même, n'a pas beſoin d'être vérifiée par comparaiſon d'écritures.

2. Ou les témoins diſent qu'à la vérité ils n'ont point vu écrire & ſigner l'acte dont il s'agit ; mais ils affirment qu'ils connoiſſent fort bien la ſignature du défunt, ou de la perſonne dont on vérifie l'écriture, pour l'avoir vu écrire & ſigner pluſieurs fois, & même pour avoir ſouſcrit le même acte avec lui, comme un notaire qui a ſigné ſouvent avec un autre notaire dans pluſieurs actes ; & par cette raiſon, ils ſoutiennent que la ſignature dont eſt queſtion, a été faite de la main de cette perſonne, parce qu'il s'eſt toujours ſervi de la même ſorte d'écriture, & des mêmes traits & caracteres de lettres, dont eſt compoſée celle qu'il s'agit de vérifier ; car cette dépoſition paroît concluante, diſent Bartole, Balde, & Paul de Caſtres, & Albéric.

3. Les juges feront néanmoins plus à propos, s'ils ajoûtent à cette preuve par témoins la troiſieme, qui eſt la comparaiſon d'écritures, laquelle comparaiſon d'écritures ſe fait, non par témoins qui dépoſent avoir vu écrire, comme dans les cas ci-deſſus, mais par gens experts dans l'écriture, nommés à cet effet, & qui prêtent le ſerment auxquels il faudra repréſenter la piéce, afin qu'ils jugent ſui-

---

a *In L. Solam, C. de Teſtibus.*

b *Ut nos per Accurt. in Authent. Sed novo jure, C. Si cert. petat. & per text. in* §. *Oportet in Authent. de inſtrum. caut. & fid. coll.* 6.

c *In L. Comparationes, C. de Fid. inſtrum.*

d *Dict. L. Comparationes.*

e *Semel de re mil. l b.* 12. §. *Quod autem in Auth. de non alienand. reb. Eccleſiæ, col.* 1, *& l.* 1, *ff. devent. inſp.*

nis ratione non indigens, cùm in ſolo ſenſu corporali conſiſtat, ſecundùm Accurt. & Doctores ; *a* ideòque hujuſmodi depoſitio per ſe ſatis clara, litterarum comparatione non indiget.

2. *b* Aut dicunt teſtes, ſe non quidèm vidiſſe ſcribi, aut ſignari, at affirmant ſibi planè cognitum eſſe ſignaculum defuncti, aut illius de quo quæritur, ut quià viderunt eum ſæpè ſæpiùs ſignantem, & ſubſcribentem, & forſitàn cum eo aliquandò conſignaverunt, ut faciunt contabelliones ; & propterea teſtantur ſignum controverſum, manu illius factum eſſe, quià eiſdem ſemper uſus eſt figuris & characteribus, quibus factum eſt ſignum, de quo agitur. Hæc enim teſtificatio concludere videretur, ſecundùm Bartholum, *c* Bald. Paul. & Alberic.

3. *d* Satiùs tamen fecerint judices, ſi huic probationi, tertium modum verificandi adjiciant, ſcilicèt comparationem litterarum : quæ comparatio, non teſtibus, qui viderint ſcribi, fieri ſolet, ut ſuperioribus caſibus, ſed artis ſcriptoriæ peritis, & expertis, ad hanc rem convocatis, *e* ac juratis, facienda erit ſcripturarum, de quibus quæſtio eſt, inſpectio, & intèr eos, ſecundùm eorum artem, dijudicatio ; an ſimile ſit ſignum, & iiſdem

vant les régles de leur art, ſi la ſignature eſt la même, & ſi les traits & caracteres des lettres reſſemblent à la ſignature & à l'écriture de la même perſonne, miſes dans un autre acte dont les parties ſeront convenues pour piéce de comparaiſon, & s'il eſt manifeſte que ce ſoit la même ſignature & la même écriture.

4. Car nous ne ſuivons pas entiérement la Novelle de Juſtinien, qui vouloit que la comparaiſon d'écritures ne ſe pût faire que ſur un acte tiré des archives publics, ou ſur un acte ſous ſignature privée de la même perſonne, qui devoit être ſouſcrit par trois témoins, afin qu'on pût y ajoûter foi; mais il ſuffit que les parties qui plaident conviennent d'actes privés ou publics, ſur leſquels la preuve par comparaiſon ſe peut faire, & qu'ils conviennent que les écritures qui ont été produites pour ſervir de piéces de comparaiſon, ont été écrites de la main de celui dont on dénie la ſignature, de quelque genre que ſoient ces actes, ſuivant l'opinion de Balde; ou ſi les parties n'en ſont pas convenues, il ſuffit que les piéces de comparaiſon ſoient des inſtrumens publics dont l'écriture ſoit authentique, parce qu'ils ſont ſcellés du ſceau public, ou de quelque autre maniere que ce ſoit; car autrement la comparaiſon d'écritures ne ſe pourroit faire; & ſi on ſe ſervoit, pour piéces de comparaiſon, d'actes dont l'écriture ne fût pas connue & certaine, on ne pourroit juger, par ces ſortes de piéces, ſi l'écriture en queſtion eſt celle de la perſonne dont il s'agit; à quoi les juges doivent pren-

---

litteris & characteribus factum, quibus ſunt ſignacula ad comparationem, producta, & de quibus intèr partes convenit; & utrùm notorium ſit hæc eſſe ſigna ejus, qui priùs ea denegavit.

4. Non enim omninò Juſtiniani Novellas *a* ſequimur, quæ volebant, non nisì ex inſtrumentis ab archivo publico depromptis, vel ex chirographis privatis trium teſtium ſubſcriptionem habentibus, comparationem fieri poſſe, ut ei fides haberetur: ſed ſufficit quòd litigantes conveniant de ſignis vel inſtrumentis, ex quibus fieri debet comparatio, & conſentiant, ea quæ in lite ſunt ad comparationem exhibita, ſcripta fuiſſe manu eius qui ſignaculum denegavit, cujuſcumque ea ſint generis, ſecundùm Baldum: *b* vel partibus in id non conſentientibus, ſi de illis inſtrumentis facta ſit notorietas, aut ſigilli publici appenſione, *c* aut aliâ probatione: ſecùs enìm, manca erit comparatio, & ignotorum collatione, minùs nota manebit ſcriptura controverſa, quod cavere debent judices.

a *Auth. Ad hæc & aut. At ſi contractus, C. de Fid. inſtrument.*

b *In L. Comparationes, C. de Fid. inſtrum.*

c *Cap. Cùm P. Tabellio, extr. de Fid. inſtrum.*

dre garde ſoigneuſement ; & parce que Balde a traité fort au long tout ce qui regarde la comparaiſon d'écritures, je n'en dirai rien davantage.

5. Je n'obmettrai pourtant pas une queſtion en laquelle pluſieurs ſe trompent d'ordinaire, qui eſt de ſçavoir ſi la ſeule comparaiſon d'écritures fait une pleine preuve en juſtice ; car lorſque les deux premieres manquent, ſçavoir la dépoſition des témoins qui out vu ſigner l'acte en leur préſence, ou de ceux qui dépoſent qu'ils connoiſſent la ſignature de la perſonne qui la dénie, quelques habiles gens ont cru qu'en ce cas la comparaiſon d'écritures étoit une preuve ſuffiſante, ſur quoi je crois pourtant qu'il faut diſtinguer.

6. Car ou il s'agit d'un acte public ou authentique, comme d'un acte où le ſceau eſt appoſé ; ou bien le nom de celui ou ceux qui ont ſouſcrit l'acte conteſté, & leur ſignature, ſont notoires & connus de tout le monde dans la province, ou dans la ville où ſe fait la comparaiſon d'écritures ; & en ce cas, à cauſe de la foi publique de ces actes, dont la ſignature eſt la même que celle appoſée dans l'acte conteſté ; la comparaiſon d'écritures faite par experts, fait une preuve entiere & complette. Que s'il s'agit d'une ſimple promeſſe, ou écrit ſous ſeing privé, la comparaiſon d'écritures ne fait point une preuve parfaite, ſi elle n'eſt ſoutenue d'autres adminicules, parce

---

a *In Auth. de Teſtib. §. Si verò ignoti, coll. 7.*

b *In d. L. Comparation. quæſt. 6, n. 17.*

a Et quià omnia quæ ad comparationes exiguuntur, adamuſsim tractavit Baldus, *b* ulteriùs non inſiſto.

5 Aliam tamèn quæſtionem, in quâ multi falluntur, non omittam, an ſcilicèt ſola comparatio, plenam faciat probationem ; nam, cùm deficiant duæ priores verificationes, nempè teſtium oculatorum, pro ſigno, de quo quæritur, & teſtium, qui ſimilitèr ſcribere denegantem viderunt, exiſtimaverunt nonnulli homines eruditi, comparationem eo caſu, ſufficientem habere probationem. In quo tamèn, ità diſtinguendum eſſe puto.

6. Aut enim agitur de inſtrumento publico, & publicam formam, ſeu figuram præ ſe ferente, ut quià ſigillum habet authenticum : aut nomen ſubſcribentis, vel ſubſcribentium, notorium eſt in provinciâ, aut in civitate, in quâ fit comparatio ; & tunc, proptèr publicam fidem aliorum inſtrumentorum, quorum eadem figura jam proſtat, in inſtrumento de quo quæritur, peritorum judicium, plenam facit probationem. Si verò agatur de ſimplici chirographo, & ſimplici ſcripturâ privatâ, ſola comparatio non plenè probat, ſi non aliis juvetur adminiculis, ex eo quod,

que la comparaiſon d'écritures eſt elle-même ſujette à erreur, parce que la maniere d'écrire d'une perſonne change avec le tems, ou par l'âge, la maladie, & autres accidens; & voilà quelle eſt la plus ſaine déciſion de tous ceux qui ont écrit ſur cette matiere, & particuliérement d'Accurſe, de Paul de Caſtres, & d'Albéric; & j'ai vu ſuivre cette déciſion par les juges en leurs ſentences, & par les avocats dans leurs conſultations.

---

fallax eſt comparatio, propter diverſitatem ſcribendi, quæ, tempore, ætate, morbo, valetudine, aliiſque accidentibus, ut plurimùm, variari ſolet. *a* Et hæc eſt pulchra reſolutio, omnium ferè ſcribentium, & maximè Accurtii, *b* Bartoli, Baldi, Pauli de Caſtro, & Alberici. *c* Sicque judicando & conſulendo, vidi obſervari.

a *In Auth. de inſtrum. caut. & Fid.*

b *In Auth. At ſi contract. ad verb. Soli, C. de Fid. inſtrum.*

c *In L. Comparationes, C. eodem.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE V.

SOMMAIRE.

1. *Les loix Romaines font peu de cas de la preuve par comparaiſon d'écritures.*
2. *Elle eſt reçue en cas de fauſſeté; & pourquoi?*
3. *Quelles ordonnances l'ont admiſe en matiere civile.*
4. *Sentiment de Dumoulin, au ſujet des copies collationnées par les notaires.*

1. CE chapitre traite deux choſes; comment ſe fait la comparaiſon d'écritures, & ſçavoir ſi elle fait une preuve complette. Boiceau décide ces deux queſtions par pluſieurs diſtinctions; il y a peu de choſes à y ajoûter. Premiérement, on peut remarquer que la Novelle 73, qui parle de la comparaiſon d'écritures, (auſſi-bien que la loi *Comparationes*, *C. liv.* 4, *tit.* 21, & la Novelle 42,) en fait peu de cas: auſſi veut-elle que l'acte, qui ſert de piéce de comparaiſon ſoit ſigné de trois témoins, ou d'un notaire & de deux témoins, ou que du moins il ait été fait en préſence de trois témoins dignes de foi, qui dépoſent qu'ils l'ont vu écrire en leur préſence.

2. Dans notre uſage la comparaiſon d'écritures ſert de

preuve, faute d'autre, notamment en cas de fauſſeté. Conſtantin l'a reçue en ce cas, ſuivant le tit. 2 de la loi *Cornelia de Falſis*, & le Code Juſtinien, liv. 22, parce qu'il eſt preſqu'impoſſible de trouver des témoins qui aient vu faire la fauſſeté; mais il ſemble qu'elle ne doit point faire de preuve en matiere criminelle, comme il a été remarqué dans le Traité de la comparaiſon d'écritures, dont il a été parlé ci-deſſus.

3. Auſſi ce n'eſt qu'en matiere civile, que les ordonnances d'Orléans, article 145; celle de 1539, article 92; celle de Charles IX, à Paris, en Janvier 1565, l'ont admiſe, auſſi-bien que l'ordonnance de 1667: & aucune ne l'a admiſe en matiere criminelle.

4. Dumoulin, nombre 63, ſur le §. 5 de la nouvelle Coutume, Gloſſ. *in verbo*, DENOMBREMENT, ajoûte, au ſujet de la reconnoiſſance des écritures, que quand quatre notaires auroient collationné une copie ſur l'original, quoiqu'ils certifient que c'eſt le véritable original [*], pour l'avoir bien vu & examiné, toutefois leur copie collationnée ne fait pas une pleine foi, ſans la repréſentation de cet original; car, dit-il, des témoins tels que ſont les notaires en cette occaſion, ne peuvent dépoſer que de ce qu'ils voient; & comme ils n'ont point vu faire l'original, ils ne peuvent avoir auſſi une certitude qui vienne de leur propre ſens. Auſſi la preuve que fait la comparaiſon d'écriture, dépend de la connoiſſance de l'art, (c'eſt pourquoi on nomme des experts pour la faire,) & elle ne dépend pas de la nature ſeule; ce n'eſt tout au plus qu'un argument *à ſimili & verſimili*, dit Balde; & Salicet a raiſon d'appeller la dépoſition des experts, en cette rencontre, un jugement plutôt qu'un témoignage; mais ce jugement étant fondé ſur des régles incertaines, n'a aucune certitude par lui-même: c'eſt pourquoi M. Cujas, *ad l. in C. de Rebus creditis*, dit que *Comparatio litterarum per ſe ſola fidem non facit;* & la Novelle 73 dit que quand le rapport des experts ſe trouve oppoſé à l'atteſtation des témoins qui ont ſigné, ou vu ſigner l'acte, les témoins doivent toujours être crus préférablement au rapport des experts: au reſte, cette matiere eſt ſi ſçavamment expliquée dans le Traité

[*] Voyez à ce ſujet la note du n. 5 des Additions au ch. 15.

de

de la comparaiſon d'écriture fait par M. le Vayer, dont il a déja été parlé, que ce ſeroit être téméraire que d'entreprendre d'y rien ajoûter [*].

[*] Danty n'a pas parlé de la ſeconde queſtion traitée par Boiceau, ſçavoir ſi la comparaiſon d'écritures fait une preuve complette ? Quant à nous, nous ne croyons pas pouvoir admettre la déciſion de cet auteur. Il diſtingue le cas où l'acte, qui ſert de comparaiſon, eſt un acte public ou authentique, de celui où c'eſt une ſimple promeſſe & un écrit ſous ſeing privé ; & il penſe que, dans le premier cas la comparaiſon d'écritures doit faire une preuve complette, « à cauſe, dit-il, de la foi » publique de ces actes, dont la ſignature » eſt la même que celle appoſée dans » l'acte conteſté. » Mais cette raiſon ne vaut rien ; car c'eſt préciſément là que ſe réduit la queſtion : Sçavoir ſi la ſignature de ces actes eſt la même que celle de l'acte conteſté ? Or l'authenticité de l'acte de comparaiſon ne décide rien à ce ſujet. Il eſt bien vrai que cet acte de comparaiſon devant ſervir de moyen terme à la propoſition qu'on veut établir, que l'acte conteſté eſt ou n'eſt pas de telle perſonne, il faut d'abord qu'il ſoit lui-même conſtant & inconteſtable, & que ce ſoit un acte authentique, ou une ſignature privée, reconnue par les parties ; mais ce n'eſt pas aſſez : il faut encore qu'il ait une liaiſon & un rapport de reſſemblance & de conformité avec l'écrit conteſté. Or c'eſt-là la difficulté & ce qui fait l'objet de la recherche ; difficulté qui reſte toute entiere malgré la certitude de l'acte de comparaiſon. La raiſon, que ce même auteur apporte pour refuſer à l'acte ſous ſeing privé l'effet de la preuve complette, ſçavoir que la maniere d'écrire d'une perſonne change avec le tems, par l'âge & la maladie, peut également être appliquée dans le cas de l'acte authentique, comme il eſt aiſé de le ſentir.

Au fond, dans l'un ni dans l'autre cas, la comparaiſon d'écritures ne peut jamais faire une preuve complette, étant appuyée ſur le rapport des experts, qui n'a rien que de conjectural & de très-incertain. Voyez à ce ſujet l'excellent Traité de M. le Vayer, qui eſt à la fin de ce volume.

CHAPITRE VI.

Des Promeſſes ſouſſignées par erreur.

SOMMAIRE.

1. *La queſtion touchant les contrats ſouſcrits par erreur, traitée au chapitre 7 de la premiere partie.*
2. *Difficulté quand un des contractans croit ſigner un certain acte, & que l'autre contractant croit en ſigner un autre.*
3. *Raiſons de douter ſi la preuve par témoins eſt admiſe en ce cas.*
4. *Diſtinction ſur ce ſujet.*
5. *Cas auquel on allégue que l'acte eſt faux.*
6. *Eſpece ſur ce ſujet.*

7. *Différence entre ce qui eſt ſimulé, & ce qui eſt faux.*
8. *Queſtion ſur la numération des deniers.*
9. *Si, quand on allégue le fait de la fraude & de ſimulation ſeulement, la preuve eſt reçue.*
10. *Numération de deniers, requiſe dans les contrats de conſtitution.*
11. *Contrat de conſtitution paſſé par un gentilhomme à un marchand, ſans numération de deniers, eſt ſuſpect d'uſure.*
12. *Arrêt ſur ce ſujet.*
13. *L'uſure ſe peut prouver par témoins.*
14. *Acte ſous ſeing privé, ſouſcrit par erreur.*
15. *Ou par ignorance de fait ou de droit.*

1. LA quatrieme queſtion concerne les promeſſes ſouſſignées par erreur ; lorſque, par exemple, une perſonne croyant ſigner un acte concernant une certaine choſe, en ſigne un autre, ſur la foi d'autrui, ſans le lire : on demande, ſçavoir s'il peut prouver par témoins qu'il a ſigné cet acte pour un autre acte ? Il me ſemble que nous avons déja agité cette queſtion, en parlant des contrats ſimulés, où nous avons diſtingué les contrats ſouſcrits par erreur de fait, ou par erreur de droit, des autres contrats ou conventions qu'on prétend avoir été ajoûtées avant, lors, ou depuis l'acte paſſé, & qui n'avoient point été rédigées par écrit, & nous avons diſcouru amplement quand la preuve par témoins étoit admiſe en ces cas, nonobſtant l'ordonnance de Moulins. Or, comme la même choſe a lieu, à mon avis, pour les promeſſes, ou actes ſouſcrits par erreur, que pour les contrats & actes authentiques,

---

1. QUARTA quæſtio eſt, de chirographo per errorem ſubſcripto, quandò ſcilicèt ſubſcribens putans pro unâ cauſâ ſubſcribere, pro aliâ, fidem alterius ſequutus, ſubſcripſit, non legens fortaſſè chirographum, *a* utrùm errorem ſuum teſtibus probare ei liceat ? Hoc dubium jam à nobis videtur diſcuſſum ſuperiùs, in quæſtione ſimulatorum contractuum : Quo loco diſtinximus contractus, per errorem juris aut facti ſubſcriptos, ab aliis contractibus vel pactionibus, quæ antè vel pòſt, aut præter contractum adjectæ & non ſcriptæ contenduntur, & quibus caſibus poſſit fieri teſtium probatio, non obſtante hâc conſtitutione, latè diſſeruimus. Itaquè cùm hæc omnia, meo quidèm judicio, locum habeant in ſubſcriptionibus chirographorum, & privatarum cautionum, prop-

a C. in L. final. C. plus valere quod agit.

par la même raiſon d'équité ; je ne crois pas qu'il faille ici en rien répéter.

2. Il faut pourtant ajoûter une choſe qui n'a pas été traitée aſſez au long, qui regarde la diverſité du conſentement des parties en ſouſcrivant un acte : par exemple, Caïus croyoit faire un bail à Titius. Titius a cru, au contraire, que Caïus lui faiſoit une donation de ſa maiſon ; & par cette raiſon il lui a préſenté une donation à ſigner : Caïus qui croyoit que c'étoit un bail, a ſouſcrit cette donation ſans la lire ; il eſt certain que cet acte n'eſt ni une donation, ni un bail, parce que le conſentement des parties n'eſt pas réciproque, mais différent, & oppoſé l'un à l'autre ; ce qui eſt décidé par pluſieurs loix : donc ſi ce cas arrive, & que les parties conviennent qu'elles ont eu une intention différente, parce que l'un croyoit faire un bail, & l'autre une donation, on jugera qu'il n'y a eu rien de fait entr'eux, à cauſe de l'erreur réciproque où ils étoient ; il eſt indubitable que cet acte ſera abſolument nul. Mais on demande ſi cette erreur ſe rencontroit dans un acte public ou privé, & que l'une des parties ſoutienne n'avoir point eu deſſein de ſigner un tel acte, l'autre pourra-t-il prouver par témoins le contraire, attendu que cet acte privé, ou public, contient une donation, & que la partie adverſe ſoutient qu'elle doit contenir ſeulement un bail,

---

tèr eandem æquitatis rationem, *a* ideò quæ pro contractibus ſolemnitèr receptis diximus, & diſtinximus, hìc repetenda non eſſe arbitror.

a *L. Illud, ff. Ad L. Aq.*

2. Unum tamen addendum puto, quod forſàn non ſatis tactum videri poſſet, ſcilicèt de diverſo partium conſenſu in ſubſcribendo : utpotè, Caïus locationem facere Titio intendebat, Titius autem ſibi donari gratìs exiſtimabat, & ideò donationis inſtrumentum protulit Caïo, qui, putans locationem eſſe, huic inſtrumento, non lecto, ſubſcripſit. Certum eſt hujuſmodi actum, neque donationem, neque locationem eſſe, propter diverſum, diſſonum, & erroneum partium conſenſum, ſimultis legibus deciſum eſt. *b* Ideòque ſi caſus ille contigerit, & conveniant partes ſe diſſonum conſenſum habuiſſe, quià una locationem putabat, altera donationem, clara erit deciſio : nam nihil penitùs actum fuiſſe, dijudicabitur, proptèr mutuum errorem. *c* Sed nunquid error iſte, ſeu erronea ſubſcriptio, inſtrumento publico, vel ſimplici, appoſita, ſi ab unâ partium denegetur, teſtibus probari poterit ? Utpotè, cùm chirographus vel inſtrumentum habeat ſcriptam donationem, pars autèm adverſa locationem

b *L. In venditionibus, ff. de Contr. empt. l. Empti fides, C. eod. l. Cum Aquiliano, ff. de Tranſact. l. Nec ignorans, C. de Donationibus.*

c *L. final. C. plus valer. quod agit.*

& que ce terme de *donation* y a été inſéré par erreur ?

3. Cette queſtion n'eſt pas ſans difficulté ; car ſi l'acte eſt public & authentique, comment pourroit on admettre la preuve du contraire par témoins ? Car, quoique Pierre, Cynus, & après eux Bartole, aient ſoutenu qu'un contrat pouvoit être détruit par la dépoſition des témoins, je ne vois pas pourtant que cela ſe puiſſe par la voie civile ; car, ſuivant la pratique de ce royaume, il n'a jamais été en uſage de recevoir la preuve contre ce qui eſt contenu expreſſément dans un titre authentique, ſi ce n'eſt par la voie de l'inſcription de faux, c'eſt-à-dire par la voie criminelle, comme il étoit licite en droit Romain ; & ce n'eſt pas ſans raiſon que l'on en a toujours uſé ainſi parmi nous ; car autrement il n'y auroit point de ſûreté dans les contrats authentiques, s'il étoit permis de revenir par la preuve par témoins, & par la voie civile contre ce qui y eſt contenu. Mais perſonne ne doute que par l'inſcription de faux, on ne puiſſe prouver une fauſſeté par témoins, parce qu'alors il s'agit de prouver un crime.

4. Ainſi je crois qu'il faut diſtinguer ſur cette queſtion ; car, ou il s'agit d'admettre la preuve contre un acte authentique, ou contre une promeſſe ſous ſeing privé : au premier cas, il faut encore diſtinguer ; car ou on allégue

---

tantùm fuiſſe contendat, ideòque donationem errore appoſitam aſſeveret : quæritur utrùm teſtibus probare id liceat.

3. Hæc quæſtio diſputatione non caret : Si enim inſtrumentum ſolemnitèr confectum ſit, quì fieri poterit, ut contrà authenticum inſtrùmentum probatio per teſtes admittatur ? Nam quamvìs Petrus, Cynus, & pòſt eos Bartolus, latè diſſeruerint, quòd teſtes inſtrumentum ſubvertere poſſint, *a* non video tamèn, illud viâ civili tentari poſſe. Nam ex communi hujus regni uſu forenſi, nunquàm ſolitum fuit contrà authenticum inſtrumentum ex diametro probationem recipere, niſi per viam falſi, idque criminaliter, & inſcriptione præpoſitâ, *b* non autèm ſimplici viâ civili, ut jure ſcripto licebat : *c* Quod non ſine maximâ ratione & æquitate intèr nos ſemper uſurpatum eſt : cùm alioqui nulla eſſet contractuum authenticorum ſecuritas, ſi contrà eorum tenorem, teſtibus pugnare liceret, actione civili : at verò per inſcriptionem falſi, nemini dubium eſt, quin liceat falſitatem teſtibus probare, cùm tunc de crimine agatur.

4. Itaquè diſtinguendum puto circà hunc articulum, hoc modo : Aut enìm agitur de probatione faciendâ contrà inſtrumentum authenticum, aut contrà chirographum privatum : Primo caſu, iterùm ſubdiſtinguen-

a *In L. In exercendis, C. de fid. inſtrum.*

b *L. Libellorum, ff. de Accuſ. & inſcript. L. Ubi, C. de Falſ.*

c *L. Damus licentiam, L. Si docueris, l. Si lis, C. de Falſ.*

contre cet acte authentique un fait qui n'eſt pas ſimplement fondé ſur l'erreur, (car l'erreur produit plutôt la diverſité du conſentement que la fauſſeté de l'acte;) mais on oppoſe un fait qui y eſt directement contraire, & ainſi on prétend que cet acte eſt manifeſtement faux.

5. Et en ce cas on ne peut recevoir la preuve par témoins, que par le moyen de l'inſcription de faux, afin que la foi des actes publics ne demeure pas toujours en ſuſpens.

6. Comme j'ai vu agiter la queſtion, l'année derniere, au ſujet d'un certain contrat paſſé entre un gentilhomme d'une part, & une veuve d'autre; car ce gentilhomme avoit vendu & conſtitué ſur lui & ſur tous ſes biens cinquante livres de rente annuelle, rachetable à toujours, moyennant ſix cens écus qui lui avoient été nombrés, délivrés en préſence du notaire, & par lui reçus, ſuivant les propres termes du contrat, ſuivant laquelle expreſſion, toute exception d'argent non compté eſt excluſe. Peu après, ce gentilhomme, (qui étoit le débiteur,) vint à mourir, & la veuve enſuite, (qui étoit la créanciere;) ſes héritiers demanderent le payement d'une année d'arrérages de cette rente aux héritiers du gentilhomme, leſquels objecterent que ce contrat étoit uſuraire & illicite; & ils articulerent que cette veuve, & ſon mari qui n'étoit pas un marchand,

---

dum eſt : nàm, aut contrà authenticum contractum, allegatur factum, non erroneum ſimplicitèr (error nempè potiùs diſſenſus quàm falſitas dicitur) *a* ſed factum ex diametro contrarium, & ſic evidentèr falſum prætenditur.

a *L. 1, L. Error, ff. de jur. & fact. ignor. l. Nec exemplum, C. de Falſ.*

5. Quo caſu nonnisì viâ falſi, per inſcriptionem & accuſationem, recipi uſquàm poteſt teſtium probatio, ne perpetuò anceps, dubia & incerta ſit inſtrumentorum publica fides.

6. Ut ſuperiori annò vidi diſputari, de quodam contractu, celebrato intèr quemdam nobilem, unâ ex parte, & viduam quamdam ex alterâ. Nobilis enim vendiderat, & ſupèr omnibus ſuis bonis conſtituerat quinquaginta aureos annui redditûs, perpetuò redemptivi, pro ſexcentis aureis, realitèr & in præſentiâ tabellionum numeratis, & per nobilem, tunc manualitèr receptis : (hæc enim ſunt verba contractûs, quibus naturalis actus numerationis, omnem non numeratæ pecuniæ exceptionem excludit.) *b* Paulò poſt deceſſit iſte nobilis debitor, deceſſit & ipſa vidua creditrix, cujus hæredes à debitoris hæredibus annum redituum petunt : objiciunt debitoris hæredes, contractum fœneratitium eſſe, & reprobatum, eò quòd multotiès, antè contractum, vidua, & ejus maritus, vir toga-

b *In L. Cùm fidem, C. de non. num. pec.*

mais un homme de palais, (ce qui eſt à remarquer,) avoient prêté durant ſa vie, à pluſieurs fois, de l'argent à ce gentilhomme, & en avoit reçu les intérêts tous les ans; & parce que, lors de ce contrat de conſtitution, toute cette ſomme prêtée n'avoit pas encore été acquittée, & qu'il reſtoit des intérêts à payer par le gentilhomme, cette veuve confondant ſes interêts avec les ſommes principales, dont elle ne fit *qu'un capital*, avoit extorqué de lui une conſtitution du total; & ainſi ils ſoutenoient qu'il y avoit *anatociſme*, ou intérêt d'intérêt; ce qui eſt défendu, ſuivant ce que Dumoulin explique fort au long. De plus, ils rapportoient encore pluſieurs promeſſes de ce gentilhomme, paſſées avant ce contrat de conſtitution, qui étoient cancellées, & demandoient, par conſéquent, que le contrat fût caſſé, & qu'il ne fût pas permis aux héritiers de cette veuve d'exiger, ſinon le principal des ſommes qui ſe trouveroient avoir été effectivement prêtées par elle, & ce, nonobſtant la numération réelle de l'argent exprimée par ce contrat, qu'ils ſoutenoient être feinte & ſimulée. Au contraire les héritiers de cette veuve ſoutenoient que ce contrat de conſtitution étoit véritable dans toutes ſes parties, & que la numération de l'argent étoit effective; qu'ainſi on avoit tort de l'appeller imaginaire & ſimulée, puiſque cette numération étoit réelle, comme dit Ulpien; & quoique le mari de cette veuve, & elle,

---

tus, & non mercator (quod eſt notandum) nobili pecuniam mutuaſſent, quotanniſque ex mutuò, fœnus ſeu intereſſe exegiſſent; & cùm tempore contractûs prædicti, mutua hæc ſoluta non eſſent adhùcque fœnoris reliquiæ reſtarent, vidua reliquias fœnoris cum mutuatis quantitatibus cumulans, unicâ ſummâ compoſitâ, ſupradictam reditûs annui conſtitutionem à debitore extorſiſſet, ideòque excipiebant hæredes, eum anatociſmum improbum *a* contraxiſſe, id eſt, uſurarum uſuras in ſortem computaſſe; de quibus latè Molinæus. *b* Prætereà, exhibebant nonnulla chirographa, quibuſdam temporibus antè dictum contractum cancellata; & idcircò petebant, contractum hunc reſcindi, idque ſolùm exigi, quod verè mutuatum eſſet, non obſtante reali numeratione, in contractu ſcriptâ, quam fictitiam & ſimulatam, ſeu imaginariam, dicebant. Ex adverſò viduæ hæredes, contractum ex veris factum, & reali numeratione celebratum, tuebantur, & ità fictitium ſeu imaginarium dici non poſſe, cùm pretium realitèr numeratum, naturalitèr acceſſiſſet, ut infert Ulpianus. *c*

a *L. Improbum, C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*

b *In Tract. uſur. num* 44.

c *In l. Imaginaria, ff. de Reg. jur.*

euſſent ſouvent prêté de l'argent à ce gentilhomme, parce qu'il étoit de leurs amis, il falloit préſumer, diſoient ces héritiers, que tout cet argent avoit été par lui acquitté, & qu'enfin ne voulant plus emprunter de cette veuve qu'à conſtitution, il lui avoit paſſé le contrat en queſtion, dont l'argent avoit été nombré devant le notaire, & que, par conſéquent, ces premiers emprunts ne pouvoient être tirés en conſéquence pour faire preuve que cette conſtitution fût ſimulée, parce qu'il ne s'en agiſſoit plus, puiſqu'ils avoient été acquittés, & qu'ainſi on ne pouvoit détruire ce contrat que par la voie de l'inſcription de faux, d'autant que ce fait de numération réelle qui y étoit exprimé, étoit diamétralement oppoſé au fait de ſimulation qu'on articuloit.

7. Et j'eſtimerois que cela ſe doit juger ainſi, par deux raiſons, dont la premiere eſt celle qui vient d'être dite, que la ſimulation & la vérité ne ſe peuvent rencontrer enſemble en même ſujet; car on ne peut pas dire que le prix ait été réellement compté & délivré, & qu'il ne l'ait pas été, parce que ces deux choſes ſont diamétralement oppoſées & incompatibles. La ſeconde raiſon eſt qu'il y a beaucoup de différence entre ce qui eſt ſimulé, & ce qui eſt faux; car on appelle *ſimulé*, ce qui a été rédigé par écrit, d'une maniere, & en certains termes, & qui

---

Nec obſtabat, inquiebant illi, quòd anterioribus temporibus, vidua, vel ejus maritus, dum viveret, nobili, cujus amici erant, ſæpenumerò pecuniam mutuaſſent, cùm hæc pecunia omnis exſoluta præſumeretur: noviſſimè autem nobilis, pro rebus ſuis, pecuniam deſiderans, & nolens iterùm à viduâ accipere, niſi conſtituto reditu annuo legitimo, hujuſmodi contractum celebraſſet, reali numeratione in conſpectu tabellionum factâ, ideòque anteriora mutua ſimulationis argumenta non eſſe, cùm de his ampliùs non quæreretur: atque ità, nonnisì per falſi accuſationem, contractum ſubverti poſſe, cùm fictionis & ſimulationis factum ex diametro contrarium ſit facto numerationis realitèr factæ.

7. Quomodò & judicandum putarem, duplici ratione: unâ, jam aſſignatâ, quòd ſimulatio, cum rei veritate conquieſcere non poſſit, in eodem ſujecto: *a* nam dici non poteſt, pretium manualitèr & ocularitèr numeratum fuiſſe, & tamèn non fuiſſe numeratum, quià hæc ſunt ex diametro oppoſita, & incompatibilia. Alterâ, quòd ſimulatum & falſum, ſint longè diverſa: nam ſimulatum dicitur, quod uno modo ſcribitur, & altero cogitatur, ut videre eſt in eo qui donat, animo vendendi, utrumque

a *L. Nudæ, ff. de contrah. Empt.*

néanmoins eſt entendu par les parties tout autrement ; comme on peut voir à l'égard de celui qui fait ſemblant de donner, quand il a effectivement deſſein de vendre ; car ces deux choſes ſont compatibles, parce que l'on peut avoir écrit l'acte dans les termes propres d'une donation, & avoir eu en même tems le deſſein de faire un contrat de vente. Mais ſi une perſonne ſoutenoit qu'il n'a point reçu l'argent qu'il a effectivement reçu, ces deux choſes ſeroient toutes oppoſées, comme il a été dit ; & ainſi ce ne ſeroit pas aſſez de dire qu'il y a eu ſimulation en l'un ou en l'autre pour anéantir le contrat ; car la ſimulation eſt hors du contrat, pour ainſi dire, & n'en fait point partie, & n'a que l'ombre & l'apparence de la vérité. Mais à l'égard de la vérité, elle fait tellement partie du contrat qu'elle ne peut être détruite ſans inſcription de faux, notamment ſuivant nos mœurs, qui ne permettent point de revenir contre un contrat, ſi ce n'eſt par inſcription de faux, parce que ce qui eſt faux ne peut être appellé une vérité déguiſée, d'autant que la vérité & la ſimulation ne peuvent ſe rencontrer enſemble.

8. J'eſtimerois pourtant qu'il faut excepter de cette déciſion un cas dans une queſtion qui m'a été autrefois propoſée, ſçavoir quand il y a eu une numération réelle, comme il eſt exprimé dans le contrat, mais qu'il a été convenu auparavant entre les parties, (qui ne contractoient qu'en apparence,) qu'ils compteroient, à la vérité, l'argent en

---

enim eſt compatibile, cùm ſcripta eſſe poſſit donatio, & cogitata venditio. *a* Sed ſi quis vellet dicere ſe pecuniam, quam realitèr accepit, non accepiſſe, hæc omnimodò eſſent oppoſita, ut jam dictum eſt, atque ità ſimplici ſimulatione deſtrui non poſſent : nempè ſimulatio eſt præter contractum, aut extrà, veritatis tantùm umbram ſeu imaginem habens : *b* at realis veritas, contractui ità inhæret, ut deſtrui nunquam poſſe videatur, nisì per contrariam falſi accuſationem, maximè, uſu noſtro Gallico ſuprà allegato, quo, nonnisì per accuſationem & inſcriptionem, adversùs contractum, ex diametro agere licere dictum eſt, nimirùm id quod falſum eſt ſimpliciter, ſimulata veritas dici non poteſt, cùm veritas & ſimulatio ſimul ſtare non poſſint, *c* ut prædixi.

8. Unum tamen caſum ab hâc deciſione excipiendum putarem, in quæſtione mihi aliquandò propoſitâ, quandò ſcilicèt realis numeratio, reverâ facta eſt, ut apparet ex contractu, ſed tamèn anteà conventum eſt intèr partes, ſimulatè contrahentes, quòd pecuniam quidèm, præſente tabellione, préſence

a *L. Empti fides, C. eod.*

b *Notat. in L. Emptione, C. Plus val. quod ag. quàm quod ſim.* &c. *L. Si is qui pro emptore, ff. de Uſucap.*

c *L. Contractus, ff. de Act. & Obl. l. Imaginaria, ff. de Reg. jur.*

préſence du notaire, mais qu'enſuite, après que le notaire & les témoins ſe ſeroient retirés, l'argent ſeroit rendu ſur le champ à celui qui auroit fait ſemblant de le compter, afin de déguiſer par ce moyen un contrat uſuraire ; car je crois qu'en ce cas la preuve par témoins doit être admiſe, en articulant que la numération eſt ſimulée, parce qu'elle n'eſt pas directement contraire au contrat, mais qu'elle eſt, pour ainſi parler, *outre & après le contrat* ; car, quoique le fait de la numération ſoit certain, néanmoins ce fait de la numération eſt rendu illuſoire par la ſimulation dont les parties ſont convenues d'uſer en cette rencontre, c'eſt-à-dire par la convention de le rendre ; & il n'y a point d'inconvénient qu'un fait ſoit véritable, & que l'autre fait ſoit feint & ſimulé, parce que, quoique cette convention de compter l'argent, & de le reprendre enſuite ſoit un pacte, c'eſt néanmoins plutôt une eſpece de dol & de crime, parce qu'elle renferme une eſpece de dol, qui ſert à couvrir une uſure illicite.

9. Que ſi on allégue contre l'acte, non pas directement la fauſſeté, mais qu'il y a eu de la ſimulation entre les contractans, pour quelque autre cauſe qui eſt certaine, mais qui n'a point été rédigée par écrit ; alors, s'il y a préſomption de dol, je crois qu'elle ſe peut prouver par témoins, comme dans tous les autres contrats, où les con-

---

numerarent, ſed remotis poſteà tabellione & teſtibus, pecunia, brevi manu, repoſceretur ; & ità pecuniam anteà realitèr numeratam, brevi momento reſtitueret, qui acceperat, ut hoc modo contractus fœneratitius, reali numeratione pecuniæ, poſteà tamèn reſtituendæ, velaretur. Arbitror enim factum iſtud recipi debere, & hoc caſu teſtium probationem admitti, viâ civili, & per ſimulationis exceptionem cùm non ſit diametricè contrà contractum, ſed prætèr & pòſt contractum ; & quamvis maneat numerationis veritas, tamen aliâ ſimulationis conventione illuditur. Neque verò eſt inconveniens unum factum verum manere, & aliud, fictitium eſſe, *a* quià tametsì ejuſmodi conventio de exhibendâ pecuniâ, & poſteà repoſcendâ, ſit pactio, doli tamèn & criminis ſpeciem habet, cùm ex eâ fœnus illicitum velari contendatur.

a *L. Quod autem*, §. *Si uxor*, *ff. de Donat. inter vir. & uxor.*

9. Aut verò contrà inſtrumentum allegatur, non falſitas propriè, ex diametro, ſed fictio & ſimulatio inter contrahentes facta, ex certâ aliâ causâ, intèr eos non ſcriptâ, *b* & tunc ſi fraudis dolive præſumptionem habeat, puto allegari & probari poſſe teſtibus, ut in omnibus contracti-

b *L.* 1, *C. plus valer. quod agit. quàm quod*, &c.

tractans reconnoiſſent ſimplement avoir reçu, & où la numération réelle n'eſt pas exprimée.

10. Car ſouvent on fait des contrats de conſtitution de rente, dans leſquels on confeſſe ſimplement avoir reçu l'argent, leſquelles conſtitutions ſont préſumées nulles, ſelon le droit canon, qui veut que les conſtitutions ne ſe faſſent que moyennant de l'argent comptant; car cette reconnoiſſance d'avoir reçu eſt toujours ſuſpecte entre un créancier & un débiteur, parce que le débiteur preſſé par la néceſſité, ſe vendroit preſque lui-même pour obtenir quelque relâche d'un créancier impitoyable.

11. Et c'eſt particuliérement quand la conſtitution eſt au profit des marchands, que ces ſortes de reconnoiſſances ſont ſuſpectes, parce qu'ils ont coutume de faire crédit aux perſonnes de qualité, & de leur vendre plus cher, à cauſe qu'ils n'en ſont pas ſi-tôt payés, outre l'intérêt qu'ils comprennent dans le principal; & quand on ne les paye pas au jour nommé, ils exigent d'autres reconnoiſſances par le débiteur, par leſquelles, ſuppoſant qu'ils ont fait compte avec lui, ils obligent le débiteur de reconnoître par écrit qu'il leur doit une grande ſomme dont, pour l'ordinaire, la meilleure partie eſt compoſée d'intérêts d'intérêts.

12. C'eſt ce qui a été ſouvent jugé par des juges éclairés, & récemment par un arrêt du parlement, entre un gentilhomme & un marchand très-riche de cette ville,

---

tibus ſolâ confeſſione celebratis, & non reali numeratione.

a *L. 1, & l. Si ex cautione, C. de non numer. Pec.*

10. *a* Nam ſuper his confeſſionibus de recepto factis ſæpenumerò celebrantur conſtitutiones redituum annuorum, quæ nonnihil nullitatis jàm præ ſe ferunt, ſecundum legem canonicam, *c* quæ vult has conſtitutiones redituum, noniſi præſenti pecuniâ fieri: talis enim confeſſio ſemper fuit ſuſpecta inter creditorem & debitorem, cùm debitor, neceſſitate coactus, ſeipſum ferè venderet, ut opem à duro creditore impetraret.

b *In extravag. Regiminis, extr. de Empt. & Vend.*

11. Maximè verò, reſpectu mercatorum, ſuſpectæ ſunt ejuſmodi confeſſiones, qui ſolent merces ſuas nobilibus credere, & ob dilatam ſolutionem, charius vendere, intereſſe, ut plurimùm, adjecto, & cùm quibus, die præſcriptâ non ſolvitur, alias confeſſiones exigunt, à debitoribus, computatione inter eos factâ, confitentur ſe maximam ſummam debere, cujus bona pars, uſuras uſurarum redolet.

12. Ut ſæpè judicatum fuit à bonis judicibus, & nuper ſupremi ſenatûs arreſto, diſcuſſæ fuerunt plures obligationes de confeſſione inter quem-

par lequel arrêt la cour a distingué, & démêlé, entre plusieurs obligations passées entr'eux, ce qui composoit le principal, & ce qui composoit les intérêts ; & suivant les reconnoissances réitérées du débiteur, elle réduisit les intérêts à ce qui en étoit légitimement dû, suivant ce qu'ordonne la loi. Ce qu'elle jugea ainsi, en distinguant la qualité des personnes, des affaires qu'elles avoient eu ensemble, & parce qu'il y avoit eu nombre de reconnoissances & d'obligations réitérées entr'elles.

13. Car je ne fais nulle difficulté qu'en ces occasions où il y a de la simulation, on ne puisse la prouver par témoins, à cause qu'il s'agit d'un gain usuraire, particuliérement quand la contestation est entre personnes suspectes, ou que le contrat est de lui-même odieux ; & voilà pour ce qui regarde les actes authentiques.

14. Ou il s'agit de promesse, ou quittance sous seing privé, qui ont été souscrites par erreur, pensant signer un autre acte ; & en ce cas, cette erreur qui empêche le consentement, pourra se prouver par témoins, particuliérement si cette signature a été pratiquée par le dol & surprise du créancier ou du débiteur, suivant la régle générale que nous avons établie dans ce Traité, parce qu'il est permis de prouver par témoins le dol & la supriſe qui a été pratiquée dans les contrats, nonobstant cette ordonnance, suivant les raisons ci-dessus.

---

dam nobilem, ex unâ parte, & quemdam ditissimum hujusce urbis mercatorem, ex alterâ : quo arresto, curia subtilitèr distinxit & dijudicavit, ex diversis & repetitis confessionibus, summas principales : interesse ad legitimum modum, pro suâ æquitate, reducens, secundùm antiquarum legum sanctionem, *a* ex qualitate personarum, negotiorum, & iteratis confessionibus.

13. Ex his enim, simulationes dijudicari, & testibus probari posse, si denegentur, non dubito, proptèr præsumptum fœnus illicitum, maximè quandò sunt prohibitæ vel suspectæ personæ, vel odiosa, contrahendi, seu disponendi, forma. *b* Et hæc pro instrumentis authenticis dicta sint.

14. Aut verò agitur de chirographis, & privatis cautionibus, quibus per errorem subscriptum est ex unâ causâ, cùm alia putaretur ; & tunc error iste qui consensum impedit, *c* testibus probari poterit, præsertìm si ex dolo & circumventione partis, practicata fuerit hæc subscriptio, ex generali regulâ, quam in toto hoc Tractatu tenuimus : quià scilicet dolum & machinationem, in contractus scriptos, arguere, & testibus comprobare permissum sit, non obstante hâc constitutione, rationibus suprà positis.

a *L. Si ea pactione, L. Cùm non frumentum, C. de Usur.*

b *Arg. L. Cùm quis decedens, §. Titia de leg. 2, & in L. Qui testamentum, ff. de Probat In l. Ab Anastatio, l. Per diversas, C. Mandat.*

a *L. Si per errorem, ff. de Jurisd. omn. Jud. l. 2, ff. de Judic.*

15. Il faut dire la même choſe, ſi ce n'eſt pas par le dol de la partie, mais par ignorance de fait ou de droit, ou par une erreur manifeſte que cette ſignature a été faite, particuliérement ſi c'eſt par des perſonnes à qui l'ignorance de droit n'eſt point imputée, ou par ceux à qui l'erreur de fait peut être pardonnée, parce que la loi les excuſe, comme il y en a pluſieurs exemples en droit; car, dans tous ces cas, je croirois qu'il eſt permis de prouver la fraude, l'erreur, ou l'ignorance par témoins, ſans qu'il ſoit beſoin de paſſer à l'inſcription de faux, parce que ces ſortes d'écritures privées, quelles qu'elles ſoient, ne ſont point ſoutenues d'aucune autorité publique; &, par conſéquent, la foi qu'elles font, n'eſt pas d'une évidence ſi certaine, que l'erreur ne ſe puiſſe prouver par témoins; car nous voyons tous les jours, qu'on dénie la ſignature d'une promeſſe ſous ſeing privé, & que l'on en prouve la vérité ou la fauſſeté par témoins, ou par comparaiſon d'écritures faites de part & d'autre, ſans paſſer à l'inſcription de faux; je conclus donc qu'en cas de dol, erreur & ignorance, ou de quelque autre juſte exception, on peut être reçu à la preuve par témoins contre les écritures privées.

---

15. Idem quoque dicendum, ſi ſubſcriptio, non quidem dolo partis, ſed juris vel facti ignorantiâ, aut errore perſpicuo, appoſita fuerit, ab illis potiſſimùm perſonis, quibus juris ignorantia non nocet, *a* aut ab aliis quibus error facti tolerabilis, non imputatur, cùm hic à lege excuſari ſoleat, ut plurima ſunt in jure exempla: *b* nam in his omnibus caſibus, contrà ſubſcriptum chirographum, vel privatam cautionem, cujuſcumque generis fuerit, dolum vel errorem, aut ignorantiam allegari, ac teſtibus probari poſſe putarem, etiàm citrà falſi inſcriptionem, cùm nullius publicæ authoritatis privilegio muniantur hæ cautiones privatæ; & idcircò earum fides privata, non tam arcta eſt & neceſſaria, ut teſtibus, in contrarium, convinci non poſſit: videmus enim quotidiè, privatas ſubſcriptiones denegari, & teſtibus, hìnc, indè productis, aut comparationibus etiàm ab utrâque parte factis, hujuſmodi ſigna manualia probari aut reprobari, *c* etiàm non interpoſitâ falſi accuſatione. Concludo igitur cauſas doli, erroris, ignorantiæ, aut alterius juſtæ exceptionis, in privatas cautiones, teſtibus contendi poſſe.

a L. Regula, ff. de jur. & fact. Ignor.

b L. 1, l. Si à patre, l. Si per ignorantiam, L. Fideicommiſſum, C. de Condict. indeb. l. Error. C. ad L. Falc. l. Cùm quis, C. de jur. & fact. Ignor. l. Sed aldes, §. Si quis eum, ff. Locat.

c L. Contrà qui propriam, C. de non num. Pecun. L. Comparationes, C. de Fid. inſtrum.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE VI.

SOMMAIRE.

1. *Obſervations ſur la premiere diſtinction de Boiceau, au ſujet d'un acte public, dont on veut détruire la foi.*
2. *L'erreur de la volonté eſt intérieure, & ne peut être prouvée par témoins.*
3. *Il faut articuler l'erreur de fait pour détruire la foi d'un acte.*
4. *Eſpeces ſur ce ſujet.*
5. *Si le fait contre lequel on demande la preuve, eſt exprimé dans cet acte, & qu'il dépende du fait d'un notaire, comme la numération des deniers, il faut une inſcription de faux.*
6. *Eſpece d'une numération ſimulée, difficile à prouver.*
7. *Diſtinction de Boiceau, qu'il faut articuler que la quittance eſt ſimulée, doit être rejettée en tout autre cas que celui d'uſure; & pourquoi?*
8. *La voie criminelle eſt la ſeule en ce cas.*
9. *Soit qu'il y ait numération ou non, ſi on articule qu'il y a uſure, la preuve eſt toujours reçue.*
10. *Queſtion touchant l'exception* pecuniæ non numeratæ, *qui n'eſt reçue en quelques coutumes de France, qu'à certaines reſtrictions.*
11. *Origine de cette exception en droit Romain.*
12. *A Rome, celui qui empruntoit, ſignoit l'obligation avant de recevoir l'argent.*
13. *Outre cette exception, le débiteur avoit l'action de condiction pour ſe faire rendre l'acte qu'il avoit ſigné.*
14. *Combien de tems cette exception duroit, & en quels cas elle avoit lieu.*
15. *Sentiment de M. Cujas, de Rébuffe, & d'Oldendorpius, ſur ce ſujet.*
16. *Si pendant les deux ans que duroit cette exception, le débiteur étoit obligé envers le créancier?*
17. *Pareille exception accordée au créancier contre la quittance qu'il avoit donnée avant de recevoir l'argent.*
18. *Si le débiteur, après les deux ans, pouvoit alléguer l'exception de dol contre le créancier qui répétoit de lui la ſomme qu'il ne lui avoit pas encore délivrée?*

19. *Sentiment de Joan. Faber ſur cette queſtion.*
20. *Sentiment de M. d'Argentré.*
21. *Textes des Coutumes qui font mention de cette exception.*
22. *Sentiment de Me Charles Dumoulin ſur les Coutumes d'Auvergne & de Berry.*
23. *Si, dans les Coutumes qui admettent cette exception, le débiteur peut déférer le ſerment au créancier, ou le faire interroger ſur faits & articles?*
24. *Diſpoſition de la Coutume de Bourbonnois, & le ſentiment de Me Charles Dumoulin ſur cette diſpoſition.*
25. *Diſpoſition ſinguliere de l'article* 280 *de la Coutume de Bretagne.*
26. *Réflexion ſur cette diſpoſition.*
27. *Si l'exception* pecuniæ non numeratæ, *ſuivant les reſtrictions des Coutumes qui la reçoivent, a lieu dans les Coutumes qui n'en ont point parlé?*
28. *Quelle preuve eſt reçue en ce cas.*
29. *Diſtinction, quand il y a une numération réelle exprimée dans l'acte, ou ſeulement une reconoiſſance que la ſomme a été recue.*
30. *Sentiment de Dumoulin, de Maſuer, de l'Hoſte, de Maſcardus, & de Rébuffe.*
31. *Déciſion tirée de ce que diſent Joan. Faber, & M. d'Argentré, au ſujet de cette exception.*
32. *Si, dans le cas de cette exception, quand il y a préſomption d'uſure, la preuve par témoins de l'uſure eſt recevable?*
33. *Opinion de Rébuffe, qu'entre marchands cette exception ne peut être oppoſée.*
34. *Comment le débiteur peut prouver qu'il n'a point reçu l'argent qu'il a confeſſé avoir reçu. Sentiment d'Angelus réfuté.*

BOICEAU, ſur la queſtion traitée dans ce chapitre, des contrats ſouſcrits par erreur, renvoie à ce qu'il a dit ci-devant, touchant les contrats ſimulés. Je n'ajoûterai que deux réflexions à ce qu'il dit, parce que les principes qu'il établit au ſujet des contrats ſouſcrits par erreur, ſont inconteſtables.

1. La premiere réflexion eſt au ſujet de la diſtinction que fait Boiceau, au commencement de ce chapitre, ſur les circonſtances du fait; car ce n'eſt pas aſſez, pour détruire la foi d'un acte public, d'alléguer le fait d'erreur; mais il

faut articuler que l'acte est faux, ou qu'il contient un fait faux : autrement s'il étoit permis, par exemple, de faire preuve par témoins que l'on a souscrit par erreur un contrat pour un autre contrat, il n'y en auroit aucun dont la foi ne pût être attaquée.

2. En effet l'erreur, soit de l'esprit, soit de la volonté, étant une chose qui se passe dans l'intérieur, & qui ne dépend point d'un fait sensible, on auroit toujours occasion de l'alléguer, sans que la partie avec laquelle on a contracté pût l'empêcher, n'ayant point d'autre preuve de la vérité de ce consentement intérieur de celui qui contracte avec lui, que sa présence & sa signature dans le contrat dont le notaire lui doit faire lecture, après avoir écrit les conventions qu'il lui a dictées ; car, après tant de marques de ce consentement, attestées par sa signature, & celle du notaire & des témoins, il ne lui est plus permis de dire qu'il a signé ce contrat pour un autre.

3. Il faut donc, pour qu'on puisse demander la preuve par témoins, qu'il y ait erreur de fait au sujet d'une chose qui est enoncée dans ce contrat, & que cette erreur ait pu y donner lieu.

4. Par exemple, si Titius croyant qu'une maison lui appartient, en vertu d'un legs à lui fait, en a fait un bail à un autre, & que ce legs se trouve révoqué par un codicille, sans qu'il en ait eu connoissance ; dans ce cas, le contrat n'est pas faux ; mais le consentement du bailleur étant fondé sur une ignorance de fait, le rend nul [*].

5. Que si le fait dont une des parties demande la preuve par témoins pour détruire ce contrat, est un fait qui y

[*] L'erreur du fait n'annulle la convention, que lorsqu'il est évident que celui qui a erré n'a consenti à la convention que, pour avoir ignoré la vérité du fait. Si, au contraire, l'erreur du fait n'a été ni la seule ni la principale cause de la convention, & qu'elle en ait eu quelqu'autre indépendante du fait qu'on a ignoré, cette erreur n'empêchera pas que la convention n'ait tout son effet. Il faut encore remarquer que cette allégation d'erreur de fait ne peut avoir lieu que pour les faits qui ne nous touchent pas, & non pour ceux qui nous regardent, chacun étant présumé sçavoir ce qui est de son fait.

C'est d'après ces principes que la jurisprudence décide que l'héritier qui a été trompé, sous prétexte d'un testament qu'il avoit regardé comme valable, & qui se trouve faux, est bien fondé à se faire restituer contre les actes par lesquels il l'a approuvé ; mais dans ce cas, il faut qu'il s'agisse d'un fait inconnu à l'héritier, & non pas d'un défaut de forme, d'où ne résulteroit qu'une erreur de droit, dont on ne peut se faire relever : *Nemo jus ignorare censetur.*

ſoit exprimé, & qui dépende de la fonction du notaire ; en ce cas, il faut recourir à l'inſcription de faux, comme s'il y a exprimé qu'il y a eu numération de deniers, & qu'il n'y en ait point eu, parce que cette énonciation du notaire fait foi, & ne peut être détruite que par la voie de l'inſcription de faux ; & ce n'eſt pas aſſez d'alléguer que cette numération de deniers eſt feinte & ſimulée, comme Boiceau remarque fort bien, il faut ſoutenir qu'elle eſt fauſſe, ſuivant le ſentiment de Rébuffe, *Tract. de Chirograph. n.* 59, ci-deſſus rapporté.

6. L'exception que Boiceau ajoûte dans l'eſpece d'une numération ſimulée réciproquement de part & d'autre, eſt difficile à prouver, quand l'une des deux parties (qui étoit convenue, à ce qu'on prétend de cette numération ſimulée, ou n'avoit pas deſſein alors d'exécuter cette convention ſecrette qu'il faiſoit pour tromper celui avec lequel il contractoit,) s'en eſt depuis repentie, & ſoutient le contraire.

7. Boiceau dit qu'il faut, en ce cas, articuler que cette quittance eſt ſimulée, parce que la ſimulation, dit-il, n'eſt pas diamétralement oppoſée à ce qui eſt contenu dans le contrat, cette convention de rendre l'argent étant *præter & poſt contractum ;* enſorte que, quoique la numération ſoit véritable, néanmoins elle devient illuſoire par le moyen de cette convention de rendre l'argent, laquelle convention renfermant du dol, contient une eſpece de crime. Je réponds que cette diſtinction de Boiceau ne peut avoir lieu que dans le cas où il y a ſuſpicion d'uſure, ſuivant l'eſpece qu'il poſe, parce que l'uſure ne ſe peut couvrir par quelque acte que ce ſoit ; mais dans toute autre rencontre il ſeroit dangereux d'admettre une pareille preuve teſtimoniale de cette convention de rendre l'argent qui auroit été nombré effectivement & réellement devant les notaires, leſquels l'auroient exprimé ainſi dans ce contrat ; car ce ſeroit retomber dans l'inconvénient de l'ordonnance, qui eſt la ſubornation des témoins, outre qu'elle défend la preuve, non-ſeulement contre ce qui eſt énoncé au contrat, mais *de tout ce qui pourroit avoir été dit, ou convenu avant, lors, ou depuis,* quand toutes ces choſes n'ont point été inſérées dans ce contrat.

8. Ainſi, dans le cas de numération ſimulée, quand il y

a dol, il ſemble qu'il faut venir par la voie criminelle de la plainte & de l'information, & articuler que, par dol & mauvaiſes voies, le débiteur s'eſt emparé frauduleuſement des deniers qui lui ont été comptés par le créancier.

9. Mais, ſoit que dans le contrat il n'y ait point de numération exprimée, ou qu'il y en ait une, il eſt certain que ſi on articule l'uſure & l'anatociſme, ou intérêt d'intérêt, la preuve par témoins eſt reçue; ce qui a été jugé par pluſieurs arrêts, l'uſure étant un crime prohibé par nos ordonnances, contre lequel toute ſorte de preuve eſt admiſe [*].

10. Cette difficulté, touchant la numération des deniers,

[*] Quand on allégue le fait d'uſure ou de jeu, contre une promeſſe, on admet quelquefois la preuve par témoins, dit M. Jouſſe, tit. 20, art. 2; ce qui dépend des différentes circonſtances, & lorſque la préſomption eſt violente. Voyez le Procès-verbal de l'ordonnance, pag. 221 & 222.

C'eſt le ſentiment de tous les auteurs, qu'en matiere d'uſure, la preuve teſtimoniale eſt admiſe contre & outre le contenu aux actes, parce que, ſans cette reſſource, il ſeroit ſouvent impoſſible de punir ce crime. Voyez les Princip. de la Juriſp. Franç. t. 2, p. 406, n° 670; Soëfve, t. 1, p. 186, cent. 2, ch. 78.

Dans une affaire où il s'agit d'uſure & d'extorſion, c'eſt-à-dire de choſes toujours très-ſecrettes, les amis, les alliés, les parens même doivent être, & ſont en effet regardés en juſtice comme autant de témoins néceſſaires. Les auteurs ſont encore d'un avis unanime, que, dans cette matiere, la publique renommée & autres circonſtances, même le témoignage de pluſieurs particuliers, encore qu'ils dépoſent de pluſieurs actes, ou de faits ſinguliers & iſolés, & de choſes qui ſont de leur fait, ſuffit pour opérer une preuve complette, & la condamnation de l'accuſé d'uſure. Voyez la Juriſp. de la Combe, *verbo* USURE; Bouchel, *verbo* USURE; Covarruvias, *Var. Reſol.* l. 3, ch. 3, n. 5; Code Pénal, 2e part. p. 262.

On ne peut pas non plus, en ce cas, exiger des témoins *de viſu*. Les uſuriers ne travaillent jamais que dans l'obſcurité du cabinet, & n'admettent guères de tiers à leurs opérations. Si néanmoins il falloit des témoins *de viſu*, pour les convaincre & les punir, il s'enſuivroit néceſſairement que jamais le crime d'uſure ne pourroit recevoir la juſte punition à laquelle les loix divines & humaines l'ont condamné.

Enfin notre juriſprudence n'exige pas, dans la pourſuite de ce crime, des preuves auſſi fortes que dans celle de tout autre. *Ad probandos contractus uſurarios*, dit Tiraqueau, *admittuntur & ſufficiunt probationes quæ in aliis cauſis eſſent inſufficientes, propter excogitatas fraudes & calliditates quæ in contractibus fœneratoriis fieri ſolent.*

Lorſqu'un débiteur eſt aſſigné au Châtelet, pour être condamné de payer le montant d'un billet, s'il prétend qu'il eſt entré des intérêts uſuraires dans la ſomme qui lui eſt demandée, l'uſage de ce tribunal, en matiere civile, eſt d'admettre l'affirmation du créancier; & s'il affirme qu'il n'eſt point entré d'intérêts uſuraires dans le titre, il en eſt cru. Il en eſt autrement quand le débiteur prend la voie extraordinaire: alors la preuve teſtimoniale eſt admiſe; & au lieu que, dans les autres matieres, la dépoſition d'un témoin ſingulier ſur chaque fait ne peut faire une preuve; en matiere d'uſure, cette régle n'a pas lieu: la publique renommée, jointe au témoignage de dix perſonnes, qui dépoſent de divers prêts uſuraires, même de ceux où ils ont été parties, ſont regardés comme preuves ſuffiſantes.

a fait naître une queſtion célebre entre les docteurs, touchant l'exception *pecuniæ non numeratæ*, qui avoit lieu en droit Romain, en faveur du debiteur, quoique la numération fût exprimée dans le contrat, laquelle exception ſe pouvoit propoſer par le débiteur dans les deux ans, à compter du jour de l'obligation qu'il avoit eu la facilité de ſigner ſans recevoir la ſomme qui y étoit mentionnée.

Et parce que cette exception, (quoiqu'elle ne ſoit point obſervée en France, en la maniere qu'elle l'étoit en droit Romain,) eſt néanmoins exprimée dans pluſieurs de nos Coutumes qui ne la rejettent qu'avec certaines reſtrictions qui peuvent faire naître pluſieurs difficultés parmi nous, concernant la preuve par témoins, il faut examiner ce que c'eſt que cette exception, ſon origine & ſes effets en droit Romain, & voir enſuite ce qui s'obſerve, ſuivant nos mœurs, à cet égard.

11. L'origine de cette exception, chez les Romains, ſe peut tirer de l'uſage qui s'obſervoit à l'égard de ceux qui vouloient emprunter de l'argent; ils s'adreſſoient pour l'ordinaire à ceux que l'on nommoit *argentarii*, ou *nummularii*, dont il ſera parlé ci-après au chapitre 8 de la ſeconde partie de ce Commentaire, leſquels étoient ceux qui ſe mêloient de faire valoir l'argent des particuliers.

12. Celui qui empruntoit écrivoit ſon nom ſur le livre journal de l'argentier, (appellé *calendarium*,) comme ayant reçu la ſomme, quoiqu'elle ne lui eût pas été encore délivrée; ou quand c'étoit le créancier lui-même qui prêtoit l'argent, ſans l'entremiſe de perſonne, le débiteur ſignoit la promeſſe ſur la foi du créancier qui lui promettoit de lui en donner; & ainſi, *ſpe futuræ numerationis*, le débiteur s'obligeoit de la rendre; & comme il arrivoit ſouvent que le créancier de qui le débiteur avoit reconnu avoir reçu cet argent, avoit la mauvaiſe foi de ne le pas donner comme il l'avoit promis, & même de demander le payement de cette obligation au débiteur, en vertu de cette reconnoiſſance portée dans le livre de l'argentier, laquelle produiſoit une obligation que Juſtinien appelle *nominum*, ou *litterarum obligatio*, ou en vertu de l'écrit fait entre lui & le débiteur: la loi pour remédier à cet abus, accorda au débiteur l'exception, *pecuniæ non numeratæ*,

contre la demande du créancier, par laquelle exception elle permit au débiteur de ſoutenir qu'il n'avoit point reçu cet argent, nonobſtant qu'il eût confeſſé l'avoir reçu; & cette exception avoit cela de particulier, (contre la maxime ordinaire des exceptions,) que ce n'étoit pas au débiteur qui la propoſoit, d'en faire la preuve, mais au créancier qui étoit chargé de juſtifier qu'il avoit réellement compté la ſomme en queſtion au débiteur.

13. La loi donna encore au débiteur, outre cette exception, une action pour ſe faire rendre par le créancier la promeſſe ou l'obligation qu'il lui avoit faite quand il n'y avoit pas ſatisfait, en lui payant la ſomme qui y étoit exprimée.

14. D'abord cette exception *pecuniæ non numeratæ*, fut perpétuelle : il paroît par une conſtitution de Marc Aurele, tirée d'un fragment du Code Hermogénien qu'elle avoit été réduite à un an, & que cet empereur l'avoit étendue enſuite juſqu'à cinq ans; mais Juſtinien, de cinq ans, la réduiſit à deux ans.

Ex cautione non numeratæ pecuniæ, non anni ſed quiennii ſpatio deficere nuper cenſuimus.

Cette exception n'avoit lieu qu'en deux cas, ſçavoir dans le prêt, & à l'égard de la dot; parce que dit Joan. Faber, *Inſt. de litt. Ob.* c'eſt particuliérement dans ces deux occaſions que les hommes ont d'ordinaire plus de facilité de confeſſer qu'ils ont reçu ce qui ne leur a pas été payé : *Propter affectiones quas habent ad pecunias & uxores.*

15. Néanmoins M. Cujas, *C. de non num. pec.* prétend que cette exception avoit été étendue à tous les autres contrats qui ſe conſommoient par la tradition, *ut contrà actionem depoſiti, commodati :* c'eſt auſſi le ſentiment d'Oldendorpius, *de Uſucap.* rapporté par Duret ſur la Coutume de Bourbonnois, des Exceptions, §. 36. Rébuffe, *Tr. de Chirogr. n.* 35, dit que, dans les autres contrats que le prêt & la dot, *vetatur exceptio rei non traditæ*, avec cette différence qu'elle dure deux ans à l'égard des deux premiers, mais que dans tous les autres elle doit être oppoſée ſur le champ; & celui qui ne l'oppoſe pas, *ſtatim ſibi præjudicat :* quoique, dit-il, s'il prouve, même après les deux ans, que la choſe ne lui a point été délivrée, il doit être déchargé de l'obligation par laquelle il avoit reconnu l'avoir reçue, en obtenant des Lettres pour ſe faire reſtituer contre cette

reconnoiſſance ; & nombre 50, il ajoûte que dans le reſſort du parlement de Toulouſe, il peut auſſi agir, ſuivant qu'il étoit permis en droit de ſe faire rendre ſon obligation comme étant faite ſans cauſe.

16. La queſtion a été de ſçavoir en droit, ſi une telle reconnoiſſance, avant les deux ans, produiſoit une obligation légitime au profit du créancier, en la perſonne de celui qui l'avoit faite, quand il n'avoit point reçu du créancier la choſe qu'il lui avoit promiſe. Mais ſans entrer dans cette queſtion que Joan. Faber agite, *loco citato*, Accurſe, *Inſt. de litt. obl.* décide que le débiteur étoit obligé civilement, durant les deux ans que duroit cette exception, laquelle ne ſuffiſoit pas ſeule pour le contraindre à payer, & qu'après les deux ans, elle devenoit une obligation naturelle : *Prima civilis incipit habere vim naturalis & civilis.*

17. Quoi qu'il en ſoit, il faut obſerver que cette exception pouvoit être auſſi oppoſée par le créancier contre le débiteur, dans les trente jours ſeulement, quand il avoit reconnu dans une quittance avoir été payé réellement de la ſomme qui lui étoit dûe, quoique cela ne fût pas, & que le débiteur lui eût ſimplement promis de la lui payer, §. *Super cæteris, C. de non num. pec.*

18. Ce qui a fait le plus de difficulté, a été de ſçavoir ſi le débiteur ayant obmis de ſe ſervir de cette exception dans les deux ans que la loi lui avoit accordés à cet effet, il étoit encore recevable après ce tems, d'intenter l'action de dol contre le créancier qui avoit la mauvaiſe foi d'exiger de lui la reſtitution d'une choſe qu'il ne lui avoit pas livrée. La raiſon de douter étoit, qu'indépendamment du bénéfice de l'exception *pecuniæ non numeratæ*, que la loi lui avoit accordée, (laquelle n'avoit pas toujours été fixée à deux ans,) cette action de dol lui étoit acquiſe.

19. Joan. Faber, *Inſtit. loco citato,* après avoir examiné les raiſons des docteurs de part & d'autre, décide qu'après les deux ans, l'action de dol étoit auſſi éteinte ; ſa raiſon eſt, que quoique cette action ſoit perpétuelle, quand elle eſt ſeule, c'eſt-à-dire qu'elle dure trente ans, elle eſt néanmoins, en ce cas, limitée à deux ans, parce qu'elle concourt, & eſt confondue avec cette exception *pecuniæ non num.* dont elle prend la nature, laquelle ne peut durer

que deux ans ; & ſur ce qu'on lui oppoſoit qu'il y avoit de l'injuſtice que le créancier profitât, après les deux ans, de l'argent du débiteur, lequel il pouvoit contraindre au payement, quoiqu'il ne lui eût point donné d'argent, il répond que cette fin de non-recevoir acquiſe au créancier, après les deux ans, contre le débiteur, n'eſt pas moins juſte que la preſcription qui a la force de priver le véritable propriétaire de ſon bien, pour enrichir un autre qui n'y a aucun droit ; joint, dit-il, que cette exception *pec. non num.* étoit elle-même injuſte à l'égard du créancier qui avoit un droit acquis par la reconnoiſſance du débiteur, & qu'il eût été contre l'équité, qu'après les deux ans, ce débiteur eût eu encore une action contre lui, nonobſtant ſa reconnoiſſance.

20. M. d'Argentré, ſur l'art. 280 de la Coutume de Bretagne, fait voir, avec ſon éloquence & ſa pénétration ordinaire, l'injuſtice de cette exception qui, dit-il, étoit contraire à la bonne foi, & qui ne ſervoit qu'à autoriſer la fraude des débiteurs : *Nihil aliud videtur quàm fraudes alere publicâ juris autoritate, & malignâ ſapientiâ fovere debitorum perfidiam.*

Il faut venir à préſent à ce qui s'obſerve parmi nous, pour ſçavoir de quel uſage eſt cette exception, *pecuniæ non numeratæ*, dans les Coutumes qui en parlent expreſſément ; & ſi la preuve par témoins y eſt recevable : ce qui ne ſe peut expliquer, ſans rapporter quelques-uns des textes des Coutumes qui en diſpoſent.

21. Auvergne, chap. 18, art. 3. *Celui qui a baillé cédule, ou obligation d'aucune ſomme de deniers, ne peut alléguer l'exception des deniers non baillés, ou nombrés, pour charger le créancier de prouver le nombrement deſdits deniers.*

Article 4. *Mais ſi le débiteur le veut prouver, il y ſera reçu.*

22. Dumoulin, ſur cet article 3, dit qu'il renferme toute notre juriſprudence ſur cette matiere : *Hic eſt verus ſenſus cum paragrapho ſequenti, & generalitèr obſervatur in toto regno.*

La Marche, article 99, chap. 44, eſt conforme à celle d'Auvergne.

23. Celle de Berry, titre 2, art. 31, ajoûte : *Et pourra, audit cas, celui qui propoſera ladite exception, déférer ſur icelle le ſerment déciſoire au créancier, lequeldit créancier ſera*

tenu accepter, ou référer, s'il n'y a juſte cauſe pour récuſer la délation. Me Charles Dumoulin, en ſon Apoſtille ſur cet article, limite cette diſpoſition dans les deux années du jour de l'obligation : *Sed poſt biennium non tenetur creditor formale quoddam juramentum ſubire, ſatis eſt quòd juret deberi, ergò minùs cogi poteſt ad interrogatoria particularia in quibus non ſibi deferretur, ſed exigeretur juramentum ;* ce qui eſt conforme à la loi 14, *C. de non num. pec.* §. *Illo videlicèt.*

Ainſi, après les deux ans, dans cette Coutume, & dans les Coutumes qui ont admis cette exception, le débiteur ne peut déférer le ſerment au créancier ſur la vérité de la numération, ni le faire interroger ſur faits & articles, pour lui faire avouer la vérité malgré lui.

24. Bourbonnois, chap. 4, art. 36 : *Exception de deniers non nombrés n'a point de lieu en cour-laye, ſinon que la partie voulût s'en rapporter au ſerment du créancier.* Me Charles Dumoulin, ſur cet article, après avoir marqué que cette exception a lieu auſſi en cour eccléſiaſtique, (ce qui eſt contraire au ſentiment des canoniſtes, atteſté par Rébuffe, *loc. cit. n.* 5,) ajoûte : *Et etiam hic* §. *intelligitur ad effectum onerandi creditorem probatione, ſed non à nullo genere probationis reus excluditur, poteſque petere actorem interrogari non deferendo ei juramentum.*

Cambray, titre du Style & Pratique de cour-laye, article 15 ; Montargis, chap. 21, art. 12 ; Orléans, tit. 20, article 144 ; Blois, chap. 22, art. 269, ont à-peu-près les mêmes diſpoſitions.

25. Mais celle de Bretagne, art. 280, a quelque choſe de différent : *Celui qui s'eſt obligé en eſpoir d'avoir le prêt, ou la denrée, & n'a eu l'un ne l'autre, peut, par action, les demander, dedans deux ans, après l'obligation, & non plus, ſinon que procès fût mû au-dedans deſdits deux ans.*

26. Cette Coutume eſt particuliere, 1° en ce qu'elle donne une action au débiteur pour ſe faire délivrer *l'argent de la denrée*, (pour uſer de ſes termes,) qui lui a été promiſe, & en ce que cette action ne dure que deux ans, s'il n'y a eu procès intenté avant les deux ans. Ainſi pendant les deux ans la reconnoiſſance du débiteur, (qu'il a reçu,) ne peut lui être oppoſée par le créancier, dit

M. d'Argentré ; & quoique la Coutume ne lui donne pas cette exception, il ne laiſſe pas de l'avoir : *Aut à jure Romano, aut certè ab illâ regulâ, cui damus actionem, multò magis damus exceptionem.*

Cette Coutume eſt ſinguliere, en ce qu'elle donne cette action au débiteur en toute ſorte de contrats, contre la maxime ordinaire, que la confeſſion, ou reconnoiſſance des contractans dans un acte, fait foi.

M. d'Argentré, au même endroit, ajoûte que, même après les deux ans, ſi le débiteur offre de prouver qu'il n'a point reçu l'argent du créancier, il y doit être reçu, nonobſtant la numération exprimée dans l'obligation, ſuivant la régle de droit : *Quæ temporalia ſunt ad agendum, ſunt perpetua ad excipiendum ;* & en ce cas, dit Bartole, le débiteur doit alléguer l'exception de dol, ſans ſe ſervir de l'exception *pecuniæ non numeratæ ;* ce qu'il peut faire dans les trente ans. C'eſt auſſi le ſentiment de Rébuffe, *loco citato*, qui dit que le débiteur, pour être reçu à faire cette preuve, doit prendre des Lettres de reſciſion contre ſon obligation, quoique ce ne ſoit pas le ſentiment de Joan. Faber, ci-deſſus cité, & de pluſieurs autres.

27. On peut demander ſi cette exception *pecuniæ non numer.* a lieu dans toutes les autres Coutumes de la France, qui n'en ont point parlé, avec les reſtrictions ci-deſſus. Papon, liv. 2 des Notaires, dit préciſément que cette exception a lieu en France, & qu'elle dure trente ans. Godefroi, ſur la loi 14, *de non numeratâ pecuniâ*, dit la même choſe. Rébuffe, ſur les Ordonnances, *in Proc.* eſt de même avis, & dit qu'en ce cas, c'eſt au débiteur à prouver que l'argent ne lui a pas été compté. Matthæus, en ſon Traité *de Prob.* chap. 4, nomb. 41, ſoutient que l'exception *pec. non num.* n'eſt point abrogée, *quantùm ad rem ipſam & quoad cauſam principalem ;* mais que, même avant les deux ans, le débiteur eſt chargé de faire cette preuve. Cependant Loyſel, liv. 5 de ſes Inſtituts, tit. 2, R. 6, dit indéfiniment qu'*exception d'argent non nombré n'a point de lieu.* Imbert, liv. 1, chapitre 30 de ſa Pratique, dit la même choſe ; mais cela doit s'entendre ainſi qu'il vient d'être dit, c'eſt-à-dire que ce n'eſt point le créancier qui eſt chargé de faire cette preuve de la numération, durant les deux

années, ni après ; c'eſt ainſi que l'explique Charondas en ſes Obſervations, *in verbo* EXCEPTION, en prenant néanmoins des Lettres par le débiteur, comme il dit, ſuivant le ſentiment de Rébuffe & d'Imbert, *loco citato.*

28. Il reſte donc à examiner quelle preuve eſt reçue en ce cas. Suivant la loi *Generaliter*, *C. de non num. pec.* la maxime générale eſt que, contre la reconnoiſſance par écrit du débiteur, il faut une preuve par écrit, *per apertiſſima rerum argumenta ſcriptis inſerta ;* mais cette loi n'eſt point dans le cas du prêt, ainſi que les docteurs en conviennent.

Il eſt conſtant néanmoins que, ſuivant la diſpoſition de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, & celle de l'ordonnance de 1667, qui déroge à toute Coutume contraire, la preuve par témoins n'eſt point admiſſible, *contre & outre ce qui eſt écrit dans un acte*, ſoit que cet acte ſoit authentique, ou ſous ſignature privée ; par conſéquent, on doit conclure que la preuve par témoins doit être abſolument défendue en ce cas.

29. Mais on peut faire difficulté au ſujet d'une diſtinction que les docteurs ont faite ſur cette matiere : Sçavoir, lorſque dans l'acte il y a une numération, ou tradition réelle exprimée, ou quand il n'y a qu'une ſimple reconnoiſſance que le débiteur a reçu la choſe en queſtion ; car ils ont décidé que cette ſimple reconnoiſſance ne faiſoit aucune foi au préjudice du débiteur, pendant les deux ans que duroit l'exception *pec. non num.*

30. *Quià*, (dit Me Charles Dumoulin, *Cod. de non num. pec.*) *confeſſio errronea vel falſa, licèt ab aliquo ſcientèr fiat, non præjudicat ;* ſuivant la loi *Cum falſa*, *C. de juris & facti Ignorantiâ : Quià nos habemus regulam*, ajoûte-t-il, *quòd contrà omnem confeſſionem, admittatur probatio in contrarium*, *l. Cum indebito*, *ff. de Prob.* C'eſt pourquoi, dit-il, le créancier, pour prévenir la mauvaiſe foi du débiteur qui a reçu l'argent, doit appeller un notaire & des témoins, pour être préſens lors de la numération des deniers : *Ut ſic, ſit inſtructus contrà iniquam exceptionem in probando ;* ce qui marque que, dans le cas de numération exprimée, le créancier n'a rien à craindre de cette exception, parce que cet acte authentique fait foi contre le débiteur. C'eſt pourquoi

quoi Maſuer, des Obligations, titre 29, dit que celui qui eſt obligé pour cauſe de prêt, ſe peut aider de l'exception *Pecuniæ non numeratæ*, ſinon, dit-il, qu'il fût obligé ſous ſcel authentique, & que les Lettres obligatoires portaſſent que la ſomme a été payée *réellement & de fait ;* ce ſont ſes termes. L'Hoſte, ſur l'article 11 de la Coutume de Montargis, fait auſſi la même diſtinction, & pluſieurs autres ; & le même Dumoulin, ſur l'article 36 de la Coutume de Bourbonnois, chap. 4, ci-deſſus cité, dit indéfiniment que toute ſorte de preuve eſt permiſe au débiteur : *Sed non à nullo genere probationis reus excluditur.* Maſcardus, *de Probat.* (*concluſ.* 361, *n.* 4,) cite les auteurs qui ſoutiennent que cette reconnoiſſance ne fait aucune foi, entr autres, Balde, Paul de Caſtres, Socin, &c ; ce qu'il confirme, n. 45, *ibid. Quandò ex tenore inſtrumenti de actuali numeratione conſtat, quià tunc abſque exceptione plenè probat dicta confeſſio ;* auquel cas, dit-il, l'exception *pec. non num.* n'eſt pas même recevable ; c'eſt auſſi le ſentiment d'Accurſe, (*Inſt. de litt. Obl.*) *Si autèm ità continetur in ſcripturâ, noveritis quòd talis in præſentiâ noſtrâ conſtitutus, numeravit, vel numerare fecit tali : hìc fit mentio præcisè in ſcripturâ de numeratione factâ, ideò ſcripturæ ſtare oportet, quià non poteſt hujuſmodi litteris exceptio non numeratæ pecuniæ opponi.* Rébuffe, *T. de Chirogr. n.* 59, dit la même choſe, & ajoûte que cette exception n'eſt reçue que dans le cas d'une ſimple reconnoiſſance du débiteur, *qu'il a reçu*, & non pas quand la numération eſt expreſſe ; au ſujet de quoi il avertit les notaires de ne point inſérer dans l'acte cette numération de l'argent, s'ils ne l'ont vu faire en leur préſence ; autrement, dit-il, ils ſont coupables de faux : *Quià afferunt teſtimonium, de eo quod non vident.*

31. Ce que dit Joan. Faber, *Inſt. de litt. Obl.* ſur cette exception, & ce qui a été rapporté ci-deſſus, de M. d'Argentré, peut ſervir à trouver la déciſion de cette difficulté. Il décide que quand le débiteur ſoutient poſitivement que l'argent ne lui a point été livré, cette exception ne dure que deux ans ; mais quand il ſoutient que l'obligation eſt ſimulée, en ce cas, même après les deux ans, il eſt recevable à cette preuve, quoique cette exception *pec. non num.* ni l'action de dol ne durent que deux ans, parce que,

Sed in primo caſu videtur quòd non poſſit refutari quin admittatur ſuper fictione contractûs, cùm nedùm numerationem, imò ſubſtantiam contractûs impugnet, quià ſi ſit fictitius contractus, non valet, & iſtud

factum eſt poſitivum & affirmativum, & ideò debet admitti ; undè ſi ex conſequentiâ neget numerationem, non videtur quòd debeat repelli.

dit-il, ce que le débiteur avance, touchant la ſimulation de l'obligation, eſt un fait poſitif & affirmatif qui détruit la ſubſtance de l'acte ; car, quand le débiteur ſoutient que l'acte eſt ſimulé, il s'enſuit qu'il n'y a point eu de numération réelle, & ainſi il doit être écouté ; & M. d'Argentré ajoûte qu'après les deux ans, le débiteur ne doit plus alléguer l'exception *pecuniæ non numeratæ*, mais l'exception de dol, laquelle il peut oppoſer dans les trente ans ; d'où on peut inférer que, quand il n'y a qu'une ſimple reconnoiſſance d'avoir reçu, faite par le débiteur, il peut ſoutenir que cette reconnoiſſance eſt ſimulée & frauduleuſe, & demander à en faire la preuve par témoins, parce que la ſimulation & le dol détruiſent entiérement la ſubſtance de l'acte, & que l'ordonnance n'a point défendu la preuve par témoins, en ce cas, ainſi qu'il a été prouvé ci-deſſus ; mais il faut que le débiteur rapporte de fortes préſomptions de cette ſimulation, ſuivant ce qui a été marqué dans le chapitre 7 de la premiere partie ; & c'eſt au juge à décider ſi elles ſuffiſent pour le recevoir à cette preuve, ou ſi elles ne ſuffiſent pas : que ſi la numération eſt exprimée dans une obligation, ou acte authentique paſſé devant notaires & témoins, il faut un commencement de preuve par écrit de la ſimulation & de la fraude, parce que la régle de droit & l'ordonnance ſont contre le débiteur, & que la préſomption eſt que l'énonciation de cette numération eſt ſérieuſe & véritable, à cauſe de la foi publique de l'acte.

32. Mais s'il y a préſomption d'uſure, comme ſi c'eſt un contrat de conſtitution, dans lequel il ſeroit énoncé ſeulement que celui qui a emprunté l'argent, a reconnu l'avoir reçu avant la paſſation du contrat, la preuve par témoins doit être permiſe, parce que l'uſure ne ſe couvre point, & que toute ſorte de preuve eſt admiſe pour la découvrir.

33. Maſcardus, *concluſ.* 361, *n.* 39 ; & Rébuffe, *de Chirogr.* décident qu'un marchand ni un banquier ne peuvent oppoſer cette exception *pecun. non num.* contre une lettre de change qu'ils ont ſignée, à cauſe de la bonne foi du commerce ; ce qui eſt certain ſuivant le ſentiment des docteurs, & par l'uſage.

34. Enfin on demande comment le débiteur pourra prouver que le créancier ne lui a point nombré l'argent qu'il a reconnu avoir reçu, parce que c'eſt un fait négatif.

Duret, ſur la Coutume de Bourbonnois, *loco citato*, rapporte le ſentiment d'Angélus, qui dit que le débiteur doit ſe renfermer dans des faits poſitifs : par exemple, il doit prouver que lors de la paſſation de cet acte, il étoit abſent, ou faire dépoſer aux témoins qu'ils n'ont point vu faire la numération, & que cette preuve ſuffira, n'en pouvant faire une meilleure ; mais cette opinion n'eſt pas juſte ; car s'il prouve qu'il étoit abſent lors de l'acte, il s'enſuit que l'acte qui énonce qu'il eſt préſent, & qui porte ſa ſignature, eſt un acte faux ; & ainſi ce n'eſt plus le cas de la preuve d'une négative, mais d'un fait poſitif, pour prouver lequel il faudroit, ſuivant nos mœurs, s'inſcrire en faux ; & à l'égard des témoins qui ont parlé dans l'acte, leur foi eſt engagée, & leur témoignage ſeroit rejetté : ainſi cette preuve eſt très-difficile, ſi ce n'eſt par la confeſſion du créancier, quand il eſt d'aſſez bonne foi pour demeurer d'acccord de la vérité.

CHAPITRE VII.

Du Prêt civil.

SOMMAIRE.

1. *Le prêt civil eſt, quand on change la cauſe de la dette.*
2. *Différence du prêt naturel & du prêt civil*
3. *Diſtinction pour ſçavoir quand la preuve par témoins eſt reçue en ce cas.*
4. *Sentence d'un juge qui ignoroit ce que c'étoit que le prêt civil.*
5. *On n'eſt point reçu à prouver par témoins qu'il n'y a point eu d'argent comptant prêté, quand la numération eſt exprimée dans le contrat.*
6. *Avis à ceux qui contractent, d'exprimer dans l'obligation pour prêt, la cauſe qui y a donné lieu.*

7. *Si le défendeur articule que la cauſe de cette obligation eſt fauſſe & ſuppoſée, ou uſuraire, la preuve eſt admiſe.*

1. IL faut parler préſentement du prêt civil, dont il y a quelques exemples en droit, & des promeſſes auxquelles on a exprimé une autre cauſe que celle pour laquelle elles ſont conçues, & de quelle maniere il eſt permis, nonobſtant cette ordonnance, de revenir contre la cauſe qui y eſt exprimée, & de prouver par témoins quelle eſt celle qui y a donné lieu : par exemple, Titius devoit une ſomme à Caïus pour certaines cauſes, ſoit parce qu'il avoit géré ſes affaires, ou pour une vente qu'il lui avoit faite, ou pour impenſes & avances dans une affaire commune, ou parce que n'ayant point d'argent pour lui prêter, il lui avoit donné de la vaiſſelle d'argent, des habits, ou autres hardes, pour les mettre en gage chez un autre qui devoit prêter l'argent ſur ces gages ; enſuite Titius a paſſé une obligation à Caïus, par laquelle il a reconnu qu'il lui devoit cent écus pour cauſe de prêt qui lui a été fait réellement, & a confeſſé avoir reçu cette ſomme, renonçant même à l'exception, *pecuniæ non numeratæ ;* perſonne ne peut nier que ce ne ſoit-là un prêt civil, ou quaſi-civil, pour des cauſes que l'on a déguiſées ſous le nom de *prêt ;* ce qui ſe pratique tous les jours entre marchands qui, quoiqu'ils négocient pour fait de marchandiſe, néanmoins en paſſent des obligations pour cauſe de prêt.

---

1. EST jam quærendum de mutuo civili, de quo nonnulla ſunt juris exempla, *a* & de cautione unius cauſæ pro aliâ, quandò, & quomodò in cauſas ſcriptas excipere, & teſtibus exceptionem probare liceat, non obſtante hac regiâ conſtitutione. Exempli gratiâ, Titius ex certis cauſis, pecuniam debebat Caïo, forsàn ex negotiorum geſtione, *b* aut ex venditione, aut ex impenſis, utriuſque nomine factis, vel cùm non haberet pecuniam Caïus, quam Titio mutuam daret, lancem argenteam, vel veſtem, vel quid aliud ipſi dedit, *c* ut pignori apud alium creditorem poneret, pecuniamque ab eo acciperet : deindè Titius inſtrumentum dedit Caïo, quo faſſus eſt ſe eidem Caïo centum aureos debere, ex causâ mutui, quod realitèr ſibi factum fuiſſe profeſſus eſt, ob id, exceptioni non numeratæ pecuniæ renutians. Nemo quidem inficiabitur, iſtud eſſe mutuum civile, vel quaſi civile ex unâ, vel pluribus cauſis, in cauſam mutui verſis ut quotidiè fit inter mercatores, qui quamvis pro rebus mercalibus intèr ſe negotientur, ſæpè tamèn cauſas mercales, in cauſas mutui transferunt.

a *L. Si ex pretio, l. Si pro mutuâ, C. Si cert. pet.*

b *L. Qui negotia, ff. mand.*

c *L. Rogaſti, ff. Si cert. pet. l. Petenti, ff. de pign. action.*

2. Et cette ſorte de prêt qui a été nommé *prêt civil* par Bartole, & par nos juriſconſultes, n'a pas moins de force que le prêt naturel, qui ne s'appelle *naturel*, que parce qu'il ſe contracte par la réelle numération de l'argent, contre laquelle on ne peut propoſer l'exception *pecuniæ non numeratæ;* & l'on appelle l'autre *prêt civil*, parce que ce n'eſt pas par la numération de l'argent qu'il a effet, mais par une ſimple reconnoiſſance de celui qui *emprunte*, qu'il a reçu l'argent.

Mais ſera-t-il permis d'articuler contre une ſemblable obligation, que jamais il n'a été rien prêté, & que l'obligation a une autre cauſe que le prêt? & ſera-t-il permis de le prouver par témoins, nonobſtant l'ordonnance? J'ai vu une infinité de procès ſur cette queſtion; c'eſt pourquoi je croirois qu'il faut diſtinguer.

3. Car où l'on ſoutient contre la teneur de l'obligation paſſée devant notaires, ou ſous ſignature privée, qui contient le prêt, qu'il n'y a jamais eu aucun argent prêté, mais que cette obligation a été faite pour une autre cauſe qui n'y eſt pas exprimée, & qui n'étoit pas celle de prêt; & ainſi on prétend que la cauſe de l'obligation eſt fauſſe, & que, par conſéquent, on ne peut agir en vertu de cette cauſe, parce qu'il n'y a jamais eu de prêt; & je dis qu'en ce cas, cette exception eſt nulle, & ne peut préjudicier à la re-

---

2. Et hoc quidèm mutuum, quod civile à Bartolo, *a* & noſtris nominatum eſt, non minorem habet authoritatem, quàm naturale mutuum; cùm ideò naturale vocetur, quià naturali, corporali, & verâ numeratione pecuniæ, contractum ſit, *b* & contrà quòd, pecuniæ non numeratæ exceptio nuſquàm allegari poteſt; *c* mutuum verò civile idcircò appelletur, non quòd reali pecuniâ, ſed ſimplici confeſſione de recepto confici ſoleat. *d*

Sed nunquid adversùs mutuum illud civile, excipi poterit, nunquàm mutuatum fuiſſe, ſed ex aliâ causâ cauſatum? & an hæc omnia teſtibus probare licebit, non obſtante hac regiâ ſanctione? Circà hanc quæſtionem vidi infinita penè jurgia & diffidia: ideòque ità diſtinguendum putarem.

3. Aut enim, contrà inſtrumentum, habens confeſſionem de mutuo, publicum, aut privatum, id tantùm allegatur, & excipitur, quòd nunquàm mutuata fuerit pecunia, ſed quòd fabricatum ſit & compoſitum inſtrumentum ex certis aliis cauſis, intèr partes non expreſſis, & cauſam mutui non habentibus: atque ità, objicitur, cauſam mutui, inſtrumento appoſitam, falſam eſſe, & per conſequens, ex eâ agi non poſſe, cùm

a *In L. Singularia, ff. de reb. cred.*

b *Ut not. in L. Non omnis, eod. & l. 1, §. Si juſſerim, ff. de acq. poſſeſſ.*

c *Ut not. in l. Generaliter, C. de non num. pecun.*

d *L. Adversùs, C. eodem.*

connoiſſance contenue en cette obligation, dans laquelle on a exprimé la cauſe du prêt, ſi on n'ajoûte rien davantage; car, quoique cette reconoiſſance de prêt ne ſoit pas un prêt naturel, mais un prêt civil, ce prêt eſt néanmoins autoriſé par la loi: ainſi les juges qui croient que l'on eſt obligé de prouver qu'il y a eu une autre cauſe précédente qui a été changée en celle de prêt, & qui prétendent qu'il ne ſuffit pas que cette obligation contienne une reconnoiſſance de la dette pour condamner le débiteur, ſe trompent.

4. C'eſt ce que je ſçais qui eſt arrivé à un certain juge; car un demandeur ayant conclu devant lui au payement d'une pareille obligation pour cauſe de prêt, le défendeur ayant ſoutenu qu'il ne lui avoit jamais rien prêté; il déféra le ſerment au demandeur, lequel avoua ingenument qu'il n'avoit point prêté d'argent, mais que cette obligation avoit été contractée pour autre cauſe, pour raiſon de laquelle le défendeur lui devoit, & que l'en ayant tenu quitte, ils avoient paſſé une obligation pour prêt; ce que le juge, qui ignoroit abſolument ce que c'étoit que le prêt civil, ayant entendu, il débouta le demandeur de ſa demande, & renvoya le défendeur abſous avec dépens. Perſonne ne doute que ce juge ne ſe trompât manifeſtement; car il eſt de maxime, dit Ulpien, en matiere de dettes, qu'il eſt permis de faire tranſport, pour cauſe de prêt, à

---

mutuum nuſquàm fuerit contractum. Et dico hanc exceptionem invalidam eſſe, inſtrumentoque, in quo confeſſio mutui expreſsè appoſita eſt, non obeſſe, ſi nihil aliud ultrà dicatur: *a* nam hæc mutui confeſſio, tametsì reale mutuum non ſit, tamèn eſt civile mutuum, legis authoritate comprobatum. *b* Ideòque errant judices, qui putant, cauſam aliam in mutuum verſam, probandam eſſe, & ex ſolâ debiti confeſſione non eſſe judicandum.

a *Dict. L. Generaliter & dict. l. Adversùs.*

b *Toi. tit. C. de non num. Pecun. & Inſtit. de litter. Oblig.*

4. Quomodò judicatum à quodam fuiſſe ſcio: cùm enim actor inſtrumentum mutui protuliſſet, & reus ſibi factum fuiſſe mutuum negaret, juramento interpellatus, actor ingenuè faſſus eſt, pecuniam reverà à ſe numeratam non eſſe, ſed nonnullas alias obligationis cauſas intèr hos fuiſſe, quibus in ære actoris erat reus, & ex iis acceptolatis, inſtrumentum mutui confectum eſſe, quamvìs ex mutuo nihil prorsùs oriretur. Judex, his auditis, ignorans planè, quid eſſet civile mutuum, abſolvit reum à mutuo, cum expenſis. Nemo quippè non videt, perperàm & juris errore judicatum fuiſſe. Singularia enìm quædam ſunt præcepta, (inquit Ulpianus)

mon créancier, de ce qui eſt dû par un autre, ou que ce que vous me devez pour cauſe de l'action de mandat, vous m'en faſſiez une obligation pour argent prêté: il eſt permis même de changer une obligation pour prêt en une autre auſſi pour cauſe de prêt; car cette reconnoiſſance, qui fait le prêt civil, ſe fait par la fiction de la loi, qui a la même force que ſi c'étoit un véritable prêt.

5. Je conclus donc que ſi, contre une telle obligation, le débiteur oppoſe ſimplement qu'il n'a point reçu d'argent comptant, il ne faut pas l'admettre à la preuve par témoins de ce fait, tant parce qu'il eſt preſque impoſſible de prouver une négative, que parce qu'en matiere de prêt civil, la numération des deniers n'eſt pas néceſſaire; mais il ſuffit au créancier de prouver qu'il y a eu une cauſe précédente de l'obligation qui a été changée en celle de prêt, ſans être obligé de prouver les autres cauſes qui y ont donné lieu, parce que l'acte ſuffit pour en faire foi, ſi on ne l'impugne de faux, comme il a été dit.

6. Néanmoins les créanciers feroient plus à propos, ſi, dans ces occaſions ils marquoient, dans le commencement de l'obligation, qu'elle a été la cauſe de celle qui a précédé, & que le débiteur a changée en cauſe de prêt, en expliquant qu'il a conſenti que de ce qu'il devoit pour une ou

---

a circà pecuniam creditam, ut quod mihi ab alio debetur, tibi in cauſam mutui cedere poſſim, vel quod, ex causâ mandati debes, id, in cauſam crediti acceptum feras: imò, de ſpecie in ſpeciem, fieri poteſt mutui confeſſio, *b* veluti de uno contractu, in aliam contractûs cauſam, *c* mutuum enim legis fictione dicitur: quæ fictio ejuſdem virtutis eſt cum veritate. *d*

5. Concludo igitùr, quòd ſi in tale inſtrumentum, ex confeſſione mutui confectum, nihil aliud opponatur, præterquàm, quòd pecunia realitèr numerata non fuerit, reum audiri non debere, & teſtium probationem, pro confirmandâ hâc pecuniæ non numeratæ exceptione, non eſſe recipiendam: tum quià, hæc negativa vix coarctari poſſit, & ſic, per rerum naturam, probationem non admittat: *e* tum quià, ad mutui cauſam, non ſit neceſſaria realis pecuniæ numeratio, ſed ſufficiat actori, ſi aſſerat cauſam aliam, in cauſam mutui verſam eſſe, nec cogi poſſit ad aliarum cauſarum probationem, cùm validum ſit inſtrumentum, *f* niſi de falſo per inſcriptionem impugnetur, *g* ut ſuperiùs dictum eſt.

6. Satiùs tamèn facerent creditores, cauſam unam in cauſam mutui vertentes, ſi de præcedenti causâ, nonnihil dicerent, in præfatione inſtrumenti, exprimerentque, reum conſenſiſſe, ut eâ pecuniâ, quæ ex præcedenti

a *In l. Singularia, ff. de reb. cred. ſi cert. pet.*

b *L. Eo quod Cod. Si cert. pet.*

c *L. Certi condictio*, §. *fin. ff. eodem.*

d *L. Si is qui pro emptore, ff. de Uſucapion.*

e *L. Aſſeveratio, C. de non num. pec. l. Actor, C. de Probationibus.*

f *L. In contractibus, C. de non num. Pec.*

g *L. Si uteris, C. de Fid. inſt.*

plusieurs causes, il en fût passé obligation pour argent prêté, comme il se faisoit autrefois à Rome par le moyen de l'acceptilation Aquilienne ; car ainsi on éviteroit plusieurs difficultés qui arrivent tous les jours en de pareilles rencontres ; mais quoi qu'il en soit, j'estime qu'il faut s'en tenir au contrat, si on n'allégue point autre chose que le défaut de numération.

7. Que si le débiteur passe plus loin, & qu'il ajoûte que non-seulement l'argent n'a point été nombré, mais que la cause précédente que l'on dit avoir été changée en cause de prêt, est fausse & supposée, frauduleuse ou usuraire, ou qu'elle n'a été par lui consentie que dans l'espérance qu'on lui donneroit de l'argent, ce qui n'a pas été fait ; & qu'ainsi il soit arrivé que par la facilité du débiteur, le créancier ait extorqué de lui une obligation pour prêt, qui ait une cause fausse ou nulle par elle-même, & que ce débiteur obtienne des Lettres de rescision pour la faire déclarer nulle, personne ne doute qu'il ne doive être écouté, & qu'il ne soit recevable à prouver que cette cause est nulle, frauduleuse & supposée, parce qu'il y a en cela du dol ; & le dol & la fraude, ou la nullité étant prouvée, il ne restera plus aucune cause de l'obligation qui ait pu être changée en cause de prêt : c'est pourquoi ce premier fondement de l'obligation ne subsistant plus, celle qui a été

---

causâ, vel pluribus causis debebatur ab eo, in causam mutui transferretur per acceptilationem, ut olim fiebat in Aquilianis stipulationibus. *a* Nam, hâc formâ, obviàm iretur multis ambagibus, quæ de his confessionibus, ex causâ mutui factis, quotidiè oboriuntur. Sed tamèn quicquid sit, pro instrumento sempèr judicandum putarem, si nihil aliud objiciatur, quàm numerationis realis defectus.

a §. *Est autem Inst. quib. mod. tol. Obl. L. Aquiliana stipulatio, ff. de Transact.*

7. Si verò ultrà progrediatur reus, & opponat, causam illam præcedentem, in causam mutui versam, falsam & supposititiam *b* fuisse, vel dolosam, *c* aut deceptivam, & usurariam, vel aliâ circumventione compositam, aut spe futuræ numerationis factam, quæ non sequuta fuerit, atque ità, cùm nulla esset vera obligatio, causam mutui callidè prætextam fuisse, & hoc modo facilitate rei, actorem ex falsâ, vel nullâ causâ, mutui causam extorsisse, cujus obligationis annullationem petat ipse reus, impetratâ à principe restitutione, nemo dubitat, quin reus audiri debeat, atquè idcircò probare possit testibus, dolosam fuisse causam, *d* aut nullam, aut supposititiam, vel aliâ machinatione seu nullitate laborantem, cùm hæc omnia doli, & criminis speciem referant : quibus probatis, nulla subsistet causa, quæ in

b *L. Si adversarius, C. de Fid. instr.*

c *L. Et elegante, ff. de Dol.*

d *L. Si dolo, C. de Resp. vend.*

conçue

conçue (seulement) pour prêt, est nécessairement détruite, suivant la maxime vulgaire de droit; & je l'ai vu ainsi juger & décider dans les consultations.

---

mutui causam converti potuerit, atque ob id, sublato primo fundamento, causam mutui superædificatam, corrui, erit necesse, vulgato juris argumento. a Et ita vidi sempèr consuli, & judicari.

a L. I, C. de Condict. ob caus. & ibi Bald.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE VII

SOMMAIRE.

1. *Explication du prêt civil par Péréſius, ſur la loi* Rogaſti, *citée par Boiceau.*
2. *Sentiment de M. Cujas ſur cette queſtion.*
3. *Autre queſtion au ſujet d'une obligation pour prêt, qui a pour cauſe un reliqua de compte.*
4. *Maxime générale ſur ce ſujet.*
5. *Du prêt à uſage, appellé* Commodatum.
6. *Boiceau eſtime que la preuve par témoins n'y eſt pas reçue.*
7. *Raiſons pour l'opinion contraire.*
8. *Arrêts qui ont admis la preuve.*
9. *Raiſons de ces arrêts.*

BOICEAU dans ce chapitre, traite uniquement du prêt civil; & après avoir expliqué ce que c'eſt, il décide que ſi on n'allégue ſimplement que le défaut de numeration de l'argent prêté contre l'obligation, elle ne laiſſe pas de ſubſiſter, quand elle a une autre cauſe; c'eſt ce qu'il faut examiner plus au long.

1. Péréſius, ſur le Code, T. *de Mutuo*, explique fort bien ce que c'eſt que le prêt civil; & après avoir rapporté la loi *Rogaſti*, *ff. de Rebus creditis*, citée par Boiceau, voici l'eſpece qu'il en donne. Quand un particulier, dit-il, veut emprunter de l'argent d'une perſonne, & que ce dernier n'ayant point d'argent, lui donne des meubles à mettre en gage pour en emprunter, ce n'eſt pas un véritable

prêt, parce que le créancier n'a point en effet prêté d'argent, puiſque celui que le débiteur a recu, n'a jamais appartenu à ce créancier ; néanmoins, en ce cas, la loi, par un motif d'équité, cache & ſupprime l'une des actions qui naiſſent de ce contrat, (c'eſt-à-dire celle qu'a celui qui a prêté l'argent au débiteur ſur les gages, contre celui à qui les gages appartiennent,) & pour éviter ce circuit d'actions, elle feint que le débiteur a effectivement reçu l'argent de celui à qui les gages ont été mis entre les mains, & elle ſuppoſe que ce créancier a, en même tems, prêté cet argent au débiteur.

Error in cauſâ obligationis non vitiat ſtipulationem nec impedit novationem, quiâ aliqua exſtit obligatio, ſi non mutui, ut falsò præmiſſum eſt, venditionis; quæ in ſtipulationem transfertur.

2. M. Cujas, ſur la loi *Si ex pretio*, C. l. 4, tit. 2, citée auſſi par Boiceau, dit que l'erreur, ou la fauſſe expreſſion de la cauſe de l'obligation, ne la vicie pas toujours, quand il y a une cauſe véritable, quoiqu'elle ne ſoit pas exprimée : ainſi on eſt ſouvent obligé d'eſtimer en argent ce qui nous eſt dû pour raiſon d'autre choſe. Par exemple, quand on a compté d'une ſucceſſion ou d'une ſociété en laquelle on avoit intérêt, ſi on ſe trouve créancier ou débiteur pour raiſon de pluſieurs cauſes différentes, on peut les réduire en argent : *Æſtimatio rerum quæ mercis numero habentur, in pecuniâ numeratâ fieri poteſt, l.* 12, *de Fide-juſſo & Mandat.*

3. Sur quoi on doit remarquer que ſi l'obligation cauſée pour prêt, eſt faite ſur un compte arrêté entre les parties, & qu'il y ait des articles dont l'une des parties croie avoir ſujet de ſe plaindre ; s'il eſt dit que, moyennant le reliqua qui y eſt fixé, le débiteur demeurera déchargé abſolument de tout ce que l'autre partie auroit pu lui demander ; en ce cas, celui qui eſt créancier du reliqua, ne pourra demander à faire preuve par témoins que la cauſe véritable de cette obligation pour prêt, eſt un compte, & que dans ce compte, il a été léſé ; car ce compte étant par lui-même une juſte cauſe de l'obligation qui a été contractée, elle a pu être changée en celle de prêt : ainſi, en demandant à faire preuve que la cauſe véritable de l'obligation eſt un compte, & non pas un prêt, il doit articuler que dans ce compte, il y a des erreurs de calcul, & obmiſſion des parties qui ne ſe couvrent point, ou qu'il y a des intérêts

uſuraires ; car s'il articule ſeulement une léſion du plus au moins, il ne doit pas être écouté, parce que la ſomme fixée par l'obligation cauſée pour prêt, tient lieu d'une tranſaction ſur ce compte, contre laquelle on ne peut prendre des Lettres de reſciſion pour cauſe de léſion.

4. En un mot, il faut attaquer de nullité la cauſe originaire de l'obligation ou du prêt civil, ſinon étant authentique, elle fait foi en juſtice par elle même ; & cette maxime de Boiceau a lieu, ſur-tout dans les obligations qu'on a obligé un mineur de paſſer pour argent perdu au jeu, ou pour une ſomme dans laquelle on a compris des intérêts uſuraires, & autres cas ſemblables.

5. A l'occaſion du prêt civil, il ſe préſente une queſtion au ſujet de l'autre eſpece de prêt que les juriſconſultes appellent *commodatum*, ou *prêt à uſage*.

6. Boiceau, dans le chapitre 3 de la premiere partie de ce Commentaire, dit que l'ordonnance de Moulins en défend la preuve par témoins, auſſi-bien que de tous les autres contrats qui requierent, & qui s'accompliſſent par le conſentement exprès des contractans. En effet, il eſt certain que le *prêt à uſage* eſt un contrat qui ſe conſomme par le conſentement réciproque & exprès de celui qui prête & de celui qui emprunte.

7. Cependant pluſieurs ſoutiennent que la preuve par témoins y doit être reçue, parce que, quoique ce ſoit un contrat, & qu'ainſi il paroiſſe compris dans la prohibition de l'ordonnance, néanmoins il eſt de notoriété que jamais on ne le rédige par écrit ; il ſe fait de bonne foi entre amis, entre voiſins ; on n'appelle point de notaire en cette occaſion. L'obligation ſe contracte par la tradition ſeule de la choſe prêtée : *Is cui res aliqua utenda datur, id eſt, commodatur, re obligatur*, §. 2, *Inſt. quib. modo re contr. obl.*

8. En effet, il y a un arrêt ſolemnel rendu, à la prononciation de Pâques, rapporté par Charondas, Réſol. pag. 3, tit. 6 ; & par Guenois, en ſa Conférence des ordonnances ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, en date du 11 Avril 1574, qui reçut la preuve par témoins d'un *commodat*, ou *prêt de courtoiſie*, comme dit Charondas ; & Vrevin, chapitre 15 de ſes Obſervations ſur l'article 54 de l'ordon-

nance de Moulins, rapporte un autre arrêt dans l'eſpece d'une femme qui avoit prêté à ſa voiſine ſon collier de perles de la valeur de cinq cens écus; elle ſoutenoit qu'elle devoit être admiſe à en faire la preuve par témoins, nonobſtant l'ordonnance de Moulins, parce que ces ſortes d'ornemens ſe prêtent entre femmes, ſans en tirer de reconnoiſſance, & ſur la bonne foi; & elle ſoutenoit que cela avoit été jugé ainſi par l'arrêt de 1594, ci-deſſus rapporté. Sa partie ſoutenoit, au contraire, que cette preuve n'étoit pas admiſſible, parce que l'ordonnance de Moulins excluoit la preuve par témoins en matiere de conventions, & que ſi cette preuve étoit permiſe, ce ſeroit le moyen de ruiner une famille, en ſuppoſant un prêt de cette valeur. Cependant il intervint arrêt du mois de Mars 1624, prononcé par M. le préſident Séguier, par lequel, après que la demandereſſe eut offert de vérifier par la dépoſition de vingt témoins, qu'elle avoit prêté ſon collier à la défendereſſe, la cour lui permit d'en faire la preuve.

9. La raiſon principale de cette déciſion eſt, comme il vient d'être dit, que le prêt à uſage eſt un contrat de bonne foi, lequel ne ſe rédige point par écrit, à cauſe qu'il eſt trop fréquent, quoique très-néceſſaire dans la ſociété civile; c'eſt un commerce fondé ſur l'humanité: c'eſt pourquoi ſi celui qui prête confie de bonne foi ce qui lui appartient à un autre, celui qui emprunte, lui rend d'ordinaire cette choſe avec la même bonne foi, non-ſeulement parce qu'il en eſt convenu, ſoit tacitement, ſoit expreſſément en l'empruntant, mais parce que perſonne ne pouvant ſe paſſer d'emprunter des autres ce qu'il n'a pas, & de prêter aux autres ce qu'il a, chacun a un double intérêt de conſerver la foi aux autres, afin d'être en état d'emprunter d'eux une ſeconde fois, & de ne pas s'expoſer ſoi-même à perdre, par la mauvaiſe foi d'un autre, ce qu'on a prêté du ſien. Que s'il arrive que quelquefois quelqu'un abuſe de cette facilité qu'a eu ſon ami ou ſon voiſin, de lui prêter quelque choſe, & qu'il oſe le dénier, alors il ſeroit injuſte de refuſer la preuve par témoins à celui qui a prêté, ſous prétexte que le prêt à uſage étant un contrat, doit être compris dans la prohibition de l'ordonnance; car, 1°.

ce contrat ne s'accomplit pas par le ſeul conſentement, & ne conſiſte pas dans le ſeul conſentement ; la tradition y eſt encore requiſe, & cette tradition eſt un fait qui y eſt joint indiſpenſablement : or il eſt conſtant que la tradition regardée en elle-même, & détachée de la convention, étant un fait, ſe peut prouver par témoins [*], de même que la poſſeſſion qui eſt de fait ; & quoique, dans le prêt à uſage, elle ſoit jointe à une convention tacite ou expreſſe, il ne doit pas être moins permis de la vérifier par témoins, à cauſe de la bonne foi. De plus, dans les autres contrats dans leſquels il y a convention & tradition, comme, par exemple, dans un contrat de vente qui porte la convention du prix, & la délivrance de la choſe vendue à l'acheteur, cette énonciation eſt une preuve par écrit de la tradition, ce qui fait foi, & la preuve par témoins du contraire ne ſeroit pas recevable par l'acquéreur ; mais dans le prêt à uſage, étant de notoriété qu'il ſe fait toujours ſans écrit, celui qui a prêté eſt en droit d'articuler de fait de la tradition qu'il a faite, & de le prouver par écrit, parce qu'il n'y a point d'acte par écrit en cette rencontre, qu'on lui puiſſe oppoſer, & que n'y en ayant point, il s'enſuit qu'il ne peut le juſtifier autrement que par témoins ; du moins on peut dire que celui qui a prêté, peut articuler que celui auquel il a prêté, eſt en poſſeſſion d'une choſe qui lui appartient, & qu'il la retient ſans cauſe ; & ainſi il peut être admis à la preuve par témoins de cette poſſeſſion : que s'il y a du riſque de ſe fier, en ce cas, à la dépoſition de deux témoins, ce riſque eſt égal de la part de celui qui a prêté, & de celui que l'on ſoutient avoir emprunté ; mais la néceſſité qu'il y a d'admettre la preuve par témoins, en ce cas, faute d'autre preuve, doit l'emporter ſur la maxime ordinaire, & ſur la prohibition de l'ordonnance qui n'a parlé que des contrats qui ont coutume de ſe rédiger par écrit : le juge néanmoins doit agir avec beaucoup de circonſpection, & ne ſe déterminer que par des faits clairs & précis, & lorſ-

[*] Mais dans toute ſorte de prêt il y a tradition, par exemple, lorſqu'on prête une ſomme d'argent à un autre. Cependant il eſt très-certain que dans ce dernier cas, la preuve par témoins ne doit pas être admiſe, lorſque la ſomme excede cent livres.

que la partie offre de faire dépoſer des perſonnes d'une probité reconnue [*].

[*] M. Potier, Tr. des Obl. part. 4, ch. 2, art. 2, penſe, à ce ſujet, que l'ordonnance de 1667 ayant déclaré que le dépôt volontaire étoit compris dans la loi générale, qui exige une preuve par écrit, on doit conclure, à plus forte raiſon, la même choſe du prêt à uſage, puiſqu'on ſe fie autant à celui à qui on a fait un dépôt, qu'à celui à qui on prête, & que celui qui fait un dépôt, a encore plus lieu de craindre d'offenſer ſon ami, en lui demandant une reconnoiſſance, que celui qui prête.

Il y a cependant des circonſtances où cette déciſion pourroit paroître un peu trop dure; car le prêt à uſage ne ſe faiſant le plus ſouvent que pour très-peu de tems, comme dans l'exemple ci-deſſus cité, où une femme emprunte à ſa voiſine, à ſon amie, un collier ou autre choſe ſemblable, pour une cérémonie ou une aſſemblée, on ne peut guères exiger qu'il en ſoit dreſſé un acte par écrit; cela ne ſeroit pas même propoſable. C'eſt avec beaucoup de ſageſſe que Danty finit, en diſant que le juge doit agir, à ce ſujet, avec beaucoup de circonſpection.

CHAPITRE VIII.

Des Livres des Marchands.

SOMMAIRE.

1. *Les livres des marchands ſont des écritures pures privées.*
2. *S'ils tiennent lieu de commencement de preuve par écrit, à l'effet de faire admettre la preuve par témoins.*
3. *Différence entre nos marchands, & ceux qui s'appelloient à Rome* argentarii, *dont les livres faiſoient foi, parce qu'ils étoient publics.*
4. *L'abus des uſures, corrigé dès le tems de Conſtantin le Grand.*
5. *Extravagantes de Martin V, & de Calixte III, qui ont introduit les contrats de conſtitution de rente.*
6. *Eſpece d'un marchand qui auroit vendu à crédit des étoffes, ſans tirer aucune reconnoiſſance, ni ſans faire ſigner le débiteur ſur ſon livre.*
7. *Diſtinction entre les marchands jurés, & qui ſont du nombre du corps des marchands établis dans chaque ville, d'avec ceux qui n'en ſont pas.*
8. *A l'égard des premiers, leurs livres font demi-preuve.*
9. *Ce qui a lieu, à plus forte raiſon, de marchand à marchand.*
10. *Eſpece d'un apothicaire qui avoit fourni pluſieurs drogues à un gentilhomme.*

11. *Pour ce qui eſt des autres marchands, leurs livres ne ſont aucune foi; & la preuve par témoins ne leur eſt accordée quand leur demande excede cent livres.*
12. *Autre queſtion touchant les mémoires particuliers.*
13. *L'oſtraciſme s'écrivoit ſur des feuilles d'olivier.*
14. *Si quelqu'un a écrit ſur ſes tablettes qu'il doit quelque choſe à un autre, quelle diſtinction il faut faire?*
15. *De ce qui ſe trouve écrit ſur un agenda, ou journal.*
16. *Si on ajoûte foi à ce que les peres & meres ont écrit ſur leurs livres domeſtiques, touchant la naiſſance & la mort de leurs enfans?*

1. LA ſixieme queſtion ſera de ſçavoir ſi, ſous ces mots de l'ordonnance, *En quoi n'entendons exclure les preuves de conventions particulieres, & autres qui ſeront faites par les parties ſous leurs ſeings, ſceaux, & écritures privées*, les livres des marchands qui y écrivent tous les jours ce qu'ils vendent, & ce qu'ils donnent à crédit, y ſont compris; car perſonne ne doute que ces livres ne ſoient mis au nombre des écritures privées, parce que ce ſont des comptes & des papiers journaux de leurs affaires domeſtiques.

2. Mais on demande quelle foi on y doit ajoûter, & ſçavoir s'ils font preuve contre les débiteurs, ou ſi la preuve par témoins eſt encore néceſſaire pour confirmer ce qui s'y trouve écrit; car ſi, comme dit Juſtinien, *les papiers domeſtiques & les écritures privées, ou les notes & mémoires que chacun fait en ſon particulier, ſur ſes affaires, ne ſont aucune preuve, s'ils ne ſont ſoutenus par d'autres preuves*, il

---

1. QUÆSTIO ſexta erit, de rationibus mercatorum, qui libris ſuis quotidiè ſcribunt, quæ per eos vendita, vel in creditum accepta ſunt: Numquid ſub hâc ultimâ parte conſtitutionis, hæ comprehenduntur? in illis verbis, *En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulieres, & autres qui ſeront faites par les parties, ſous leurs ſeings, ſcéaux & écritures privées.* Nemo quippè dubitat, ſub privatarum ſcripturarum nomine, contineri mercatorum manuſcripta, in libris mercalibus eorum contenta, cùm hæ rationes ſint privatæ tantùm, & domeſticæ.

2. *a* Sed quæ fides ex his elici poſſit, & utrùm in debitores probent, aut in probationis ſupplementum teſtium adminicula requirant, quotidianè quæſtionis eſt. Nempè, ſi, ut ait imperator, *b inſtrumenta domeſtica, ſeu privata teſtatio, ſeu adnotatio, ſi non aliis quoque adminiculis adjuta*,

a *L. Rationes; C. de Probat.*

b *L. Inſtrumenta, C. eod.*

s'enſuivroit que nulle foi ne devroit être ajoûtée aux livres des marchands.

3. Pour bien entendre cette queſtion, il faut diſtinguer nos marchands de ceux qu'on appelloit à Rome *argentiers, changeurs,* ou qui prêtoient l'argent à uſure, leſquels étoient des officiers publics qui tenoient le change & la banque, dont il eſt ſouvent fait mention en droit ; car à leur égard, il ſemble qu'ils avoient droit, par l'autorité publique, de tenir des livres de raiſon, & de prêter à uſure ; & cette fonction qui s'appelloit *argentaria*, n'étoit pas permiſe à certaines perſonnes, notamment à ceux qui exerçoient des charges qui ne duroient qu'un certain tems ; & parce que c'étoient par autorité publique qu'ils l'exerçoient, on ajoûtoit foi à leurs livres, tant en leur faveur, que contre eux, parce qu'on les regardoit comme des regiſtres publics, dit le juriſconſulte Scævola.

4. Dans le chriſtianiſme cette fonction publique de prêter à uſure, a été peu-à-peu changée ; & l'uſure a été réduite à un intérêt légitime, particuliérement du tems de Conſtantin, comme il eſt aiſé de le prouver par les loix civiles & par les anciens canons, & enfin abrogée entiérement.

5. Enfin on a permis ſeulement de prendre intérêt de ſon argent, à la charge que celui qui emprunte, pourroit

---

a *L. Eos, C. Si cert. pet. & l. Principalibus, ff. eod. l. Inſtitoria, C. de Inſtit. act.*

b *Ut not. in l. Si ventri, ff. de privil. cred. l. Quædam, §. penult. in l. Si quis ex argentariis, §. Prætor ait, ff. de Edendo.*

c *Notat in l. Ait prætor, ff. eod.*

d *D. L. Eos, C. Si cert. pet.*

e *In l. Filia, ff. de ſolut. & not. in L. Si hominem, ff. Depoſit. per Budæum.*

f *In L. Eos, C. de Uſur.*

g *In Extravag. Regimini, de empt. & vendit.*

ventur, ad probationem ſola non ſufficiant, ſequeretur ergò, libris mercatorum omninò credendum non eſſe.

3. Quod dubium ut planè intelligatur, facienda eſt differentia noſtrorum mercatorum, ab antiquis illis argentariis, trapezitis, & fœneratoribus, qui publico jure, & publicâ authoritate menſam nummulariam, ac fœnebrem pecuniam excercebant : de quibus in jure noſtro ſæpè fit mentio. *a* Videtur enim, quòd hi conficiendorum librorum authoritatem publicam habebant, *b* & liberum excercitium dandæ fœnebris pecuniæ ; quod munus, argentariam tunc vocabant, *c* nonnullis, & maximè eis qui officia temporalia adminiſtrabant, interdictum. *d* Et quia publicâ authoritate, hæc, tanquam officia, inſtituta videbantur, hâc ratione eorum libris credebatur, editione factâ, tàm pro, quàm contra ſcribentes : quià eorum libri, codices rationum publicarum dicebantur, teſte Scævola.

e 4. Publicum autem illud, antè Chriſtianiſmum, fœnoris vel uſurarum exercitium, paulatìm, à Chriſtianiſmo correctum eſt, ad modum legitimum, & maximè tempore Conſtantini, *f* ut videre licet tàm ex civilibus legibus, quàm antiquibus canonibus.

g 5. Tandèm omninò abrogatum, licentiâ tantùm relictâ, pecuniam in

rendre

rendre le principal à ſa volonté, & ſe libérer, ainſi qu'il eſt porté par les deux conſtitutions de Martin V, & de Calixte III. Donc les livres de nos marchands ne doivent point être comparés à ceux des argentiers & banquiers de Rome, parce que leurs livres ſont des livres privés & non pas publics.

6. Mais on demande ſi nos marchands pourront avoir quelque action en vertu de leurs livres. Par exemple, Titius marchand, homme d'honneur, de probité, & de bonne réputation dans la ville, a vendu à Caïus ſon voiſin, pour ſon uſage journalier, ou autre cauſe non exprimée, des étoffes de drap, ou de ſoie, pour cent piſtoles, dont il n'a pas eu la précaution de prendre une obligation ou un billet, ni de le faire ſigner ſur ſon livre, (ce que les habiles marchands ne manquent pas de faire aujourd'hui;) mais il a ſeulement écrit ſur ſon journal, par articles, tout ce qu'il lui a fourni: enſuite Caïus refuſant de le payer, il a intenté action contre lui, pour l'y obliger. Caïus, ou ſes héritiers, ont nié qu'il dût aucune choſe; le livre de Titius fera-t-il foi en ce cas? je crois que non, parce que ce livre n'eſt point ſouſcrit par Caïus, ni par lui reconnu. Que ſera-ce, s'il ajoûte qu'il a des témoins qui ſçavent que Caïus a accoutumé d'acheter chez lui des étoffes pour

---

annuum reditum collocandi, arbitrio conſtituentis extinguendum, prout ex duobus Extravagantibus Martini quinti, & Calixti tertii, eſt ſatis vulgatum. *a* Secundùm hos igitùr nummularios & fœneratores, judicari non poſſunt mercatorum noſtrorum libri, cùm omninò privati videantur.

a *Extravag. Regimini* 1 & 2, *de Empt. & Vend.*

6. Sed nunquid tamèn ex his, mercator agere poterit? Exempli gratiâ, Titius, probus & fidelis mercator, & boni nominis in civitate, vendidit Caïo, vicino ſuo, pro uſu quotidiano, aliâve ex cauſâ non expreſſâ, pannos laneos, & ſericos, pro centum aureis, de quibus, incautus ille & fidelis mercator, & obligationem vel chirographum ſcriptis non exegit (nam hodiè ſagaciores mercatores, chirographum accipiunt, vel ſubſcribi faciunt libris ſuis) ſed in libro quotidiano rerum ſuarum mercalium, inſcripſit minutatim ea, quæ Caïo vendiderat: deindè, cùm eſſet Caius ad ſolutionem moroſus, Titius in eum agit, ut ſolvat; denegat Caius, vel ejus hæres, debitum; nunquid Titius ex libro ſuo ſatis probabit? Puto quòd non, cùm à Caïo ſubſcriptum non ſit, nec ab eo recognitum: quià inſtrumentum omninò privatum, & ratio domeſtica, proferenti ex domo ſuâ, non proſit, præfatâ juris theoricâ. *b* Sed quid ſi mercator dicat ſe teſtes habere, quibus probet Caïum, ſolitum eſſe, veſtimenta & alia mercalia, pro uſu ſuo, ab eo acci-

b *L. Exemplo, C. de Probat. L. Rationes, Cod.*

s'habiller, & qu'il lui a fait ſouvent crédit, ou qui lui ont vu porter les habits faits des étoffes qu'il a pris chez lui, & autres faits ſemblables? la preuve en ſera-t-elle recevable par témoins, nonobſtant cette ordonnance?

7. Pour moi, je crois qu'il faut diſtinguer; car ou il s'agit d'un marchand juré, & qui, entre les marchands de la ville, paſſe pour un de ceux qui a la réputation d'être honnête homme.

8. A l'égard de celui-ci, il ne faut pas douter, comme dit Bartole, après Accurſe, que ces livres ne faſſent une préſomption pour lui, & même une demi-preuve, laquelle peut être fortifiée par celle par témoins qui pourront rendre témoignage des indices ci-deſſus marqués, nonobſtant cette ordonnance, parce qu'il y a déja un écrit qui eſt certain, lequel, quoique privé, renferme pourtant une certaine préſomption de droit. Auſſi cette ordonnance ſemble faire mention de ce cas, quand elle parle d'écriture privée. Il faut dire la même choſe, ſi ce marchand eſt mort, & que ſes héritiers ayant trouvé ſes livres écrits par articles dans ſa boutique, ſon écriture ait été vérifiée & reconnue; & on peut joindre à tous ces indices le ſerment du débiteur, pour ſuppléer à ce qui manque à cette demi-preuve. De tout cela donc, diſent Bartole,

---

pere, & mercari, & ſæpè in creditum cum Titio iviſſe, vel quibus oſtendat Caïum veſtimenta ex pannis à Titio datis, diù geſtaſſe, aliaque ſimilia, librum mercalem confirmantia: Nunquid hæc indicia teſtibus probare licebit, non obſtante hâc regiâ conſtitutione?

7. Ego ità diſtinguendum exiſtimarem. Nàm, aut agitur de juratis mercatoribus, & inter probos & bonæ famæ homines in civitate juratâ morantibus, continuòque mercalem negotiationem excercentibus.

8. Et tunc non eſt dubium, talium mercatorum libros, bonam præſumptionem habere, imò ſemiplenam probationem facere, ut inquit Barrol *a* poſt Accurtium; *b* quæ præſumptio vel ſemiplena probatio, ſuppleri poteſt per teſtes, qui de indiciis ſupradictis teſtificari poterunt, non obſtante hâc regiâ conſtitutione, cùm jam conſtet de ſcripturâ, quæ tametsi privata ſit, nonnullam tamèn habet juris præſumptionem: ideòque de hâc loqui videtur hæc conſtitutio, cùm de ſcripturis privatis facit mentionem. Idem dicendum, ſi mortuus fuerit mercator, & ejus libri ordine ſcripti, in ejus officinâ reperiantur, & ſcriptura recognoſcatur, vel approbetur. Quibus omnibus indiciis poteſt etiàm addi juramentum ad juvandam ſemiplenam probationem. Ex his ergò omnibus, elici poteſt perfecta probatio, ex com-

a L. Nuda ratio, num. 8, ff. de Donationibus.

b In l. Admonendi, in verb. exacto jurejurando, ff. de Jurejurand.

Balde, Paul de Caſtres, Alexandre, & autres docteurs, on peut faire une preuve complette.

9. Et, à plus forte raiſon cela doit avoir lieu de marchand à marchand, comme on a coutume de dire; car leurs livres de marchandiſes font une foi entiere entr'eux, particuliérement s'il y a quelque adminicule, à cauſe du commerce mutuel qu'ils ont enſemble, en faveur duquel la loi préſume toujours.

10. De plus, j'ai vu une autre eſpece touchant un apothicaire qui avoit fourni pluſieurs drogues, au-deſſus de cent livres à un gentilhomme malade, dont il demanda le payement après ſa mort. La queſtion eſt de ſçavoir ſi le livre de cet apothicaire ſeroit cru, en cas de dénégation? & je crois qu'il doit être cru, du moins ſi l'héritier du gentilhomme demeure d'accord que c'eſt cet apothicaire qui l'a panſé, ce qu'il ſera même reçu à prouver par témoins, ſi on le nie; & quant à la quantité des remedes qu'il a fournis, on ajoûtera foi à ſon livre, par deux raiſons; 1° parce que, dit Bartole, de ce qu'il eſt certain qu'il a panſé ce malade, il réſulte une préſomption qu'il lui a fourni des remedes, & que le livre où ils ſont mentionnés, eſt véritable; outre que l'apothicaire eſt plus favorable que le marchand, parce qu'il a ſoin de la ſanté, & que ſon miniſtere étant néceſſaire, il a pour lui la foi publique; & c'eſt pourquoi ces remedes étant donnés pour

---

muni Bartol. Baldi, Pauli de Caſtro, *a* & Alexandri, *b* aliorumque doctorum receptâ ſententiâ.

9. Et à fortiori ratione, idem ſentiendum de mercatore ad mercatorem, ut vulgò dici ſolet: nam eorum libri nundinales, maximam inter eos, fidem habere videntur, & maximè, ſi nonnullis adminiculis juventur, propter præſumptam & conſuetam inter eos negotiationem, pro quâ ſolitâ conſuetudine, lex ſemper præſumere ſolet.

10. *c* Item aliud exemplum vidi de quodam pharmacopolâ, qui nobili cuidam ægroto multa pharmaca miniſtrarat, ultrà libras centum, quo mortuo, petiit pharmacopola, pharmacorum pretium: nunquid, ſi denegetur, libro ſuo credetur? Puto quòd ſic, ſi modò fateatur hæres, ægrotum à pharmacopolâ curatum fuiſſe, quod teſtibus probare ſufficiet ſi negatum ſit. Cæterùm, quantùm adminiſtrata, libro credetur, duplici ratione: Unâ quòd ex curâ impensâ ægroto, jam adſit præſumptio pro libro, ut ait Bartolus de mercatoribus: imò, pharmacopola favorabilior mercatore videtur, cùm, ob ſalutem & neceſſitatem corporis, publicam fidem habeat, &

a *In l. Admonendi, de jurejur. & in l. Bonæ fidei, ff. de reb. cred.*

b *Conſ. 62, lib. 5, n. 1, & conſ. 33, lib. 1, num. 1.*

c *L. final. C. de Fidejuſſ.*

préſerver du péril de la mort, ils doivent toujours être payés. La ſeconde raiſon, parce que l'on donne toujours une action à celui qui a géré utilement les affaires d'un autre, comme l'apothicaire a fait, en fourniſſant des médicamens au malade, & ainſi il y a obligation en vertu d'un quaſi-contrat, laquelle n'eſt pas ſujette ni compriſe dans la prohibition de l'ordonnance, comme nous avons dit dans le chapitre qui traite des Quaſi-contrats; à quoi il faut ajoûter que les médecins, dont les apothicaires ne ſont qu'exécuter les ordonnances, ſont tenus, malgré eux, d'avoir ſoin des malades, &, par conſéquent, ſont en droit de ſe faire adjuger par le juge leurs médicamens & ſalaires, malgré ceux qui les leur refuſent; mais on a coutume, en ce cas, de faire arrêter les parties de l'apothicaire par d'autres apothicaires jurés & experts en cet art, comme j'ai vu ſouvent arriver, quand elles ſont conteſtées.

11. Ou il s'agit de petits marchands qui ne ſont pas encore connus, & qui ne ſont pas reçus dans le corps des marchands jurés, tels que ſont ceux que nous voyons en France, dans preſque toutes les bonnes villes où il y a des corps de marchands établis par ordre du prince, qui ont des juges & conſuls, inſtitués à l'exemple de ceux qu'on avoit coutume de créer en Italie, dont Balde fait mention; & je dis qu'à l'égard de ces perits marchands, leurs livres ne font nulle foi en juſtice, & nulle préſomption de droit

---

ideò quæ per eum expenſa ſunt, in tuitionem corporis, & ad periculum mortis vitandum cenſeantur irrogata, & ità ſint ſemper repetenda. *a* Alterâ quòd ex negotio utilitèr geſto, ſemper ſit actio, *b* ex impenſis, in cauſam ægroti, & ſic ex quaſi-contractu ſubſit obligatio, quæ huic ſanctioni ſubjecta non videtur, ut diximus ſuprà in articulo Quaſi-contractuum: hoc addito, quòd medici, quorum apparitores ſunt pharmacopolæ, ægrotis etiàm invitis mederi teneantur, & per conſequens ab his etiàm invitis, officio judicis, medicamenta & ſalaria repetant. *c* Solet tamèn in pharmacopolis, fieri æſtimatio & taxatio de pharmacis, in libro ſcriptis, ab experitis in arte, ut ſæpè vidi judicari, cùm de his controverſum fuit.

11. Aut verò agitur de minutulis mercatoribus, non ſatìs adhùc probatis, & qui in corpus ſeu collegium mercatorum nondùm annumerati ſunt (ut hodiè videmus in omnibus ferè Galliæ civitatibus, mercatorum collegia juſſu principis ſubſiſtere, & intèr eos, judices & conſules mercatorum creari, ad inſtàr eorum quæ fieri ſolebant in Italiâ, de quibus Baldus loquitur) *d* & dico horum mercatorum, qui de prædicto corpore non fuerunt,

a *Arg. L. Si pupilli*, §. *Si Titii ſervum*, *ff. de Neg. geſt.*

b *L. Pomponius*, *ff. eod. In L. Si ſervum*, *C. eod.*

c *Ut not. in Can. Previdendum junct. gloſſ.* 83, *diſt.*

d *In Rub. de conſt. pec. Cor.*

en leur faveur, parce que le public ne les connoît pas ; en argumentant à ſens contraire de ceux qui ſont déja connus, & approuvés du public ; car n'étant pas du corps des marchands, ils ne doivent pas jouir des priviléges des marchands jurés : ainſi je crois qu'il faut conclure de-là que la preuve par témoins ne doit pas être accordée à ces petits marchands, au-deſſus de cent livres, quoiqu'ils rapportent leurs livres, parce qu'ils ne méritent aucune foi.

12. De ces queſtions il en ſuit une autre, touchant les mémoires, tablettes, bordereaux, papiers journaux & domeſtiques, ou tablettes de bois & de cuivre, ou, comme dit Ulpien, de ce qui eſt écrit en certain codicille ſur des feuilles d'arbre, de tilleul, d'ivoire, ou d'autre matiere, ou même ſi c'eſt en tems de guerre ou de peſte, ſur des tuiles, ardoiſes, ou feuilles d'arbres, comme on avoit coutume de faire autrefois en Egypte, ſur des feuilles de palmier, ſuivant ce que Pline rapporte.

13. Les Syracuſains écrivoient l'arrêt rendu par ce peuple, appellé *oſtraciſme*, ſur des feuilles d'olivier, d'où il fut appellé *petaliſmus*. On demande ſi tout ce qu'on a écrit ſur de ſemblables matieres, ne fera point une eſpece de preuve qui puiſſe faire admettre celle par témoins ? Par exemple, Titius, homme privé, qui n'eſt point un marchand, a écrit dans ſon papier journal, qu'il doit cent écus

---

libros vel rationes nullam juris præſumptionem habere, cùm aliquam fidem à publico nondùm habeant : argumento à contrario ſumpto, de his qui jam publici probati ſunt. *a* Cùm enim extrà collegium vel conſortium mercatorum fuerint, privilegio & authoritate conſcriptorum gaudere non debent. *b* Atque ità, putarem concludendum, hos viliores mercatores ultrà libras centum petentes, teſtibus juvari non poſſe, quantumcumquè in libris ſuis ſcripſerint, cùm nullam omnino fidem habeant. *c*

12. Ex his quæſtionibus alia oritur, de memorialibus ſcriptis in adverſariis, ſeu diariis domeſticis, vel in tabellis pugillaribus, vel etiàm in tabellis ligneis, vel æneis, aut, ut ait Ulpianus, *d* in certo codicillo, phylirâ, tiliâ, ebore, aliiſve materiebus, vel etiàm in caſu neceſſitatis, vel tempore peſtis, aut belli, in tegulis, teſtulis, vel arborum frondibus, ut olim apud Ægyptios ſcribebatur in palmarum foliis, teſte Plinio.

13. *e* Et Syracuſani Oſtraciſmum in oleæ frondibus ſcribebant, unde Petaliſmus dictus : nunquid hæ ſcripturæ nonnihil probationis habeant, ità ut teſtibus eas juvare liceat ? Puta : Titius privatus, non mercator, in ſuis privatis rationibus ſcripſit ſe debere centum aureos, ex causâ mutui, Caïo;

a *Arg. de L. Quædam.* §. *Nummularios*, *ff. de Edend. l. Nuda ratio*, *ff. de Donat.*
b *L. Ceſſante, C. de Com. & Mercat.*
c *D. L. Rationes, C. de Probat.*
d *In L. Librorum, ff. de Legat.* 3.
e *Cap.* 11, *lib.* 13, *natural. Hiſt.*

à Caïus pour cauſe de prêt ; ou bien pendant un tems de peſte, il l'a écrit ſur un ais, ou ſur une feuille d'arbre, pour la décharge de ſa conſcience.

14. Je réponds avec Bartole, qu'il faut diſtinguer ; car ou ce qu'il a écrit eſt en ſa faveur, ou eſt contre lui, ou c'eſt une choſe qui n'eſt ni pour ni contre lui. Si c'eſt contre lui, & à ſon préjudice, je crois que cette écriture fait foi, ſi elle eſt ſouſcrite de ſa main. Si elle ne l'eſt pas, mais qu'il l'ait ſeulement écrite, elle fait quelque préſomption, mais non pas une preuve entiere, particuliérement ſi cette écriture le rend débiteur de quelque choſe ; c'eſt pourquoi il faut ajoûter la preuve par témoins, ou autres adminicules & indices, pour prouver que la choſe eſt dûe comme il l'a écrit, & cela par deux raiſons ; la premiere, parce que cette écriture, qui n'eſt point ſouſcrite, eſt regardée comme une écriture commencée, mais qui n'eſt pas achevée ; car, quand une perſonne a pu ſouſcrire ce qu'il a écrit, & qu'il ne l'a point fait, il eſt cenſé s'être repenti de ce qu'il avoit déja écrit, du moins en argumentant par rapport à un teſtateur, qui a laiſſé ſon teſtament imparfait, ou qui l'a rayé ou raturé, ou qui a témoigné par quelqu'autre maniere, qu'il avoit changé de volonté ; la ſeconde, qu'une telle reconnoiſſance qui va à rendre débiteur la perſonne, étant faite extrajudiciairement ou ſans formalité, & en l'abſence de la partie, (qui y a intérêt,) n'eſt pas cenſée ſuffiſante pour produire une obligation.

---

vel peſte graſſante, idem ſcripſit in tabulâ, vel arboris folio, ad exonerandam conſcientiam.

a *In L. Exemplo pernicioſum, C. de Probat.*

b *Not. in L. Si unus, l. teſtamentum, §. Non ideò, L. Noſtram, C. de Teſtam. L. 1, § 1, de His quæ in teſt. delent.*

c *L. Certum. §. Si abſente, ff. de Confeſſ. l. 1, §. final. & l. de Interrog. act.*

14. Reſpondeo ità diſtinguendum fore cum Bartolo.*a* Aut enim contrà ſe ſcripſit, aut pro ſe, vel indifferentèr. Si contrà ſe, puto has domeſticas adnotationes fidem facere, ſi modò ſubſignatæ fuerint, ſi verò non ſubſignatæ, ſed tantùm ſcriptæ, nonnullam, facere probationem, ſed non plenam, maximè, ſi factæ ſint ad obligandum : ideòque teſtium adminiculis, aut aliis indiciis cauſam debiti probari debere, duplici ratione ; unâ, quòd hæc ſcriptura non ſubſignata, videatur tantùm incœpta, non autem perfecta, nam cùm ſubſignare potuerit aliquis, quod jam ſcripſit, & non ſubſignavit, pœnituiſſe videtur, argumento eorum, quæ dicuntur de teſtatore, qui teſtamentum reliquit imperfectum, vel delevit, vel cancellavit, aut alio modo oſtendit ſe voluntatem mutaſſe. *b* Alterâ, quòd talis confeſſio, quandò vergit ad obligandum, extrà judicium facta & parte abſente, non ſatìs efficax cenſeatur ad obligationis effectum : *c* ſecùs enim ſi talis confeſ-

Ce ſeroit autre choſe ſi cette reconnoiſſance, quoique non ſouſcrite (par le créancier,) alloit à la libération du débiteur, parce qu'on y ajoûte foi aiſément, à cauſe de la faveur de la liberté, & particuliérement ſi, (comme parle le juriſconſulte Paulus,) celui qui a écrit cette reconnoiſſance ſur ces papiers, eſt un homme exact & un bon pere de famille, lequel on ne peut pas croire s'être trompé en cela, parce que ſon exactitude ordinaire exclut cette préſomption d'erreur & d'inadvertance. Que ſi cet homme a écrit quelque choſe à ſa décharge & en ſa faveur, ce témoignage domeſtique qu'il s'eſt rendu, ne fait nulle preuve, ſuivant qu'il eſt décidé en droit ; c'eſt pourquoi, comme il s'agit en cela d'un ſimple pacte, quoique ce pacte aille à la libération, il ne ſera pas permis de le prouver par temoins, parce qu'il n'eſt fondé ſur aucune préſomption de droit.

15. Quant aux choſes qu'on écrit ſur un *agenda*, qui ne ſont ſouvent ni pour ni contre celui qui les écrit, mais indifférentes, comme font ceux qui écrivent tout ce qui arrive journellement, afin de s'en ſouvenir, tout cela fait quelque legere préſomption, mais non pas une préſomption néceſſaire : ainſi cela doit être laiſſé à la prudence du juge.

16. Néanmoins j'en excepte un cas dans lequel ces ſortes de choſes, ainſi écrites, tiennent lieu de preuves, ſçavoir quand le pere ou la mere, ou tous les deux, ont

---

ſio etiàm non ſubſignata, vergat ad liberandum, cùm favore liberationis ei facilè credatur, *a* & maximè ſi is qui in adverſariis ſuis hæc ſcripſit, fuerit, (ut loquitur Paulus,) *b* homo diligens, & ſtudioſus paterfamilias, cujus perſonam incredibile eſt in aliquo facilè erraſſe : ſolita enìm diligentia, erroris præſumptionem excludit. *c* Si verò pro ſe hanc fecerit ſcripturam, nullam omninò fidem facere, tanquàm teſtimonium penitùs domeſticum, vulgati juris eſt : *d* ideòque cùm de pactione agatur, tametsì liberatoria fuerit, teſtibus uti non licebit, cùm nullâ ſcriptâ juris præſumptione nitatur.

15. Quod verò in diariis memorialibus indifferentèr ſcribitur, ſcilicèt, nec pro, nec contrà ſcribentem, ut ſæpenumerò faciunt ii, qui omnia quæ privatìm, vel publicè accidunt, ad memoriam, ſcribunt : nonnullam fidem vel præſumptionem facit, ſed non neceſſariam, ideòque judicis arbitrio hæc ſunt relinqeunda.

16. Unum tamen caſum excipio, quo ex his certa probatio elici poteſt

a *L. Tale pactum, ff. de Pact. & l. Publia*, §. *fin. ff. depoſ.*

b *L. Cùm de indebitâ*, §. *fin. ff. de Probat.*

c *L.* 1, *C. qui & adverſ. quos l. uſt. C. arbit. tutel. l. Quiſquis, C. de reſc. vend.*

d *L. Exemplo, l. Rationes, C. de Probat. l. Inter chartulas, de conveniend. Fiſc. debit. lib.* 10, *Cod.*

écrit dans leurs livres journaux & domeſtiques, ou dans leurs livres de prieres, le jour de la naiſſance de leurs enfans; car je ſçais qu'il a été jugé pluſieurs fois, que quand il s'agit de prouver quel âge ont leurs enfans, ces ſortes d'écritures ſont une preuve conſidérable, parce que c'eſt le témoignage du pere & de la mere, lequel, auſſi-bien que celui des proches parens, & des ſages-femmes, eſt cenſé hors de tout ſoupçon, ſuivant la diſpoſition de droit, particuliérement ſi cette reconnoiſſance a été trouvée dans leurs papiers après leur mort, & qu'il ait été vérifié qu'elle eſt de leur écriture, parce qu'on ne peut préſumer que cette écriture ait été faite pour tromper perſonne, particuliérement ſi celui qui l'a écrite eſt en réputation d'un honnête homme; & c'eſt auſſi le ſentiment de Bartole & de Balde. Mais parce que cette queſtion ne regarde pas abſolument l'ordonnance, qui ne parle que des conventions, je ne m'y arrêterai pas davantage.

ſcilicèt cùm pater, vel mater, vel uterque liberorum ſuorum dies natales, in libris ſuis domeſticis, vel precatoriis, manu propriâ ſcribunt: nam ſi de ætate liberorum quæratur, hanc ſcripturam agnitam multùm probationis habere, ſæpè judicatum ſcio, cùm ſit patris vel matris profeſſio, quorum teſtimonium, pro ætate, ſicut & proximorum conſanguineorum, & obſtetricum, certum & irrefragibile cenſetur, juris diſpoſitione id ſuadente; *a* & maximè, ſi poſt mortem ſcribentium, hæc ſcriptura, in eorum ſcriniis inveniatur, & agnoſcatur; quia non poteſt præſumi, hanc in alterius fraudem ſuppoſitam fuiſſe, præſertìm ſi bonus & probus homo habeatur is qui ſcripſit: & ità ſentire videntur Bartolus, *b* & Bald. *c* Sed quià hic articulus non propriè ad hoc noſtrum edictum pertinet, in quo de pactis tantùm agitur, non ulteriùs inſiſto.

a *In L.* 1, §. *Duæ, ff. de Carbon. edict. & not. in L. de Tutelâ, C. de in integr. reſt. min. & l. Filium, ff. de His qui ſunt ſui vel alien. & per Bartol. in l. de Ætate, ff. de Min.*

b *In L. Admonendi, C. de Jurejurando.*

c. *In. L. In bonæ fidei, C. de reb. cred.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE VIII.

SOMMAIRE.

1. *Différens noms donnés à ceux qui s'appelloient à Rome* argentarii.
2. *Ce que c'étoit que* nummularii, *ſelon M. Cujas.*
3. *Fonction de ceux appellés* co-actores.
4. *Fonction des argentiers, ſelon M. Cujas; ce que ſignifie* aſperatura.
5. *Sentiment de Loyſeau ſur ce ſujet.*
6. *Comment ſe contractoit ce qui s'appelle en droit* litterarum obligatio.
7. *Les regiſtres des argentiers étoient publics, & faiſoient foi en juſtice. Forme de ces regiſtres.*
8. *Ils gardoient auſſi les deniers provenant de la levée des tributs.*
9. *L'action* receptitia *ſe pouvoit intenter contre eux, comme cautions.*
10. *D'où vient ce mot,* foro cedere, *faire banqueroute. Erreur d'Accurſe? Pourquoi les livres des argentiers faiſoient foi.*
11. *Deux ſortes d'argentiers, ſelon Everhard; ce qui peut juſtifier l'opinion d'Accurſe.*
12. *Autre explication des fonctions des argentiers, & de ceux appellés* nummularii & menſularii.
13. *Le titre* de Edendo, *& autres ſemblables, n'ont aucune application aux livres de nos marchands.*
14. *Des banquiers, agens de change, changeurs; de la foi que font leurs livres, ſuivant l'ordonnance de* 1669.
15. *Quelle foi doivent faire en juſtice les livres des marchands, & s'ils font un commencement de preuve par écrit.*
16. *Différentes opinions des docteurs ſur cette queſtion, rapportées par Dumoulin.*
17. *Explication du mot* rationes.
18. *Erreur de la gloſe, & des docteurs qui ont dit que les livres des marchands faiſoient une demi-preuve, ſur quoi fondé.*

19. *Ce que c'étoit proprement que* nummularii, *ſuivant Dumoulin, & M. Cujas.*

20. *Autre erreur de ceux qui ont cru que jamais les livres des marchands ne faiſoient une demi-preuve.*

21. *Trois queſtions à examiner ſur ce ſujet.*
   1. *Si les livres d'un marchand font foi en ſa faveur?*
   2. *S'ils font foi contre lui?*
   3. *S'ils font foi à l'égard des tierces perſonnes?*

22. *Si ce que nous appellons* rationes, *fait foi.*

23. *Premiere exception ès choſes qui dépendent purement de la volonté. Eſpece de la loi* Neſennius, D. de Neg. geſtis.

24. *Seconde exception, quand le marchand eſt connu pour homme loyal & de probité.*

25. *Derniere exception, quand il y a de la vraiſemblance que ſes livres contiennent la vérité.*

26. *Seconde queſtion: Dumoulin décide que le livre journal fait foi contre celui qui l'a écrit.*

27. Idem, *contre les marchands.*

28. *Premiere exception de cette maxime, quand la cauſe de la dette eſt exprimée.* Quid? *ſi elle ne l'eſt pas. Exemple.*

29. *Seconde exception. Les papiers & billets écrits pour mémoires appellés* adverſaria, *ne font point de preuve, ni de préſomption.*

30. *Derniere exception, quand celui qui ſe veut ſervir de ces livres, les a d'abord rejettés.*

31. *Diſtinction ſur la derniere queſtion: Si celui qui a écrit ſur ſon journal, a fonction publique, ou s'il ne l'a pas?*

32. *Qui ſont ceux qui exerçoient une fonction publique, dont Dumoulin a entendu parler.*

33. Quid? *Quand la Coutume des lieux veut qu'on ajoûte foi aux livres des marchands.*

34. *Derniere réflexion de Dumoulin ſur cette queſtion.*

35. *Les docteurs conformes à l'avis de Dumoulin, ſur la ſeconde queſtion.*

36. *La derniere queſtion conteſtée.*

37. *Réflexion ſur le ſentiment de Me Charles Dumoulin.*

38. *Le ſentiment de Me Charles Dumoulin n'eſt pas que ces livres faſſent foi indéfiniment.*

39, *Raiſon tirée des diſpoſitions de nos Coutumes qui n'ont point d'égard à ces livres, quand il s'agit de la fin de*

non-recevoir, qu'elles ont établie contre les marchands.

40. *Disposition de la Coutume d'Orléans, article* 164, *sur quelle loi est fondée.*

41. *Le débiteur ne peut refuser de prêter le serment, même après le tems de la prescription écoulé.*

42. *Sentiment de Charondas sur l'article* 127 *de la Coutume de Paris.*

43. *On peut induire la même décision de nos ordonnances, sçavoir de celle de* 1512, *& de celle de* 1673, *pour le commerce.*

44. *Autre chose est entre marchands associés, ou entre marchands faisans trafic de la même marchandise.*

45. *Raisons de cette maxime: Sentiment de Brodeau sur l'article* 126 *de la Coutume de Paris.*

46. *Distinction de Boiceau, des marchands jurés & non jurés, ne doit être reçue absolument.*

47. *Si, quand l'année, ou les six mois sont écoulés, il faut preuve par écrit?*

48. *Si, quand il s'agit d'une somme moindre de cent livres, la preuve est accordée au marchand sur la foi de son livre, s'il est en bonne forme?*

49. *Réponses aux raisons & autorités de ceux qui soutiennent que les livres des marchands doivent faire foi indistinctement en toutes sortes d'occasions.*

50, *Objections recueillies par l'auteur des Institutes de la juridiction consulaire.*

51. *Réponse à ces objections.*

52. *Exceptions, quand le débiteur prend avantage de quelque article du livre du marchand.* Quid, *entre associés?*

53. *Des conditions requises dans les livres des marchands.*

54. *Ce que le juge doit examiner pour accorder, ou refuser la preuve par témoins.*

55. *Les livres des marchands font foi entre marchands.*

56. Idem, *entre marchands associés.*

57. *Autre chose est, quand il ne s'agit point du négoce, mais de toute autre convention.*

58. *Exception de la prohibition de l'article* 19 *de l'édit perpétuel en faveur des marchands d'Anvers seulement.*

Sentiment d'Anselmo, & d'Ant. Matthæus, sur la foi qu'on doit ajoûter aux livres des marchands dans les Pays-bas.

59. *Statut singulier en faveur des livres des marchands de Milan, & comment il doit s'entendre.*
60. *Du privilége des médecins, chirurgiens & apothicaires.*
61. *Des salaires des serviteurs.*
62. *Seconde question touchant les écritures privées.*
63. *Enumération de toutes les matieres sur lesquelles on a écrit jusqu'à présent, par l'auteur du Traité* de re Diplomaticâ.
64. *Le parchemin trouvé avant le papier d'Egypte. Jusqu'à quel siécle ce papier a duré.*
65. *L'usage de notre papier, inconnu, il y a cinq cens ans. Des lettres-patentes de nos rois.*
66. *Invention du papier d'Egypte, selon Pline.*
67. *Le parchemin étoit en usage chez les Hébreux, & du tems d'Hérodote.*
68. *Sur quelles matieres on écrivoit les lettres, les loix, les livres. Sénatusconsulte écrit sur l'ivoire,* libri lentei.
69. *On apprenoit à écrire sur des tablettes de bois, selon Quintilien.*
70. De cereis pugillaribus, libris, chartis, voluminibus, membranis & philuris, *& du style dont on se servoit pour écrire au lieu de plume.*
71. *Décision de Boiceau sur la seconde question des écritures privées, quand la personne a signé ce qu'il a écrit ou non.*
72. *Distinction de M. Cujas, entre le débiteur & le créancier.*
73. *Ce qu'il faut juger de la déclaration d'une personne dans son testament.*
74. *Sentiment de Me Charles Dumoulin sur un dénombrement qui n'est scellé que du sceau des parties, sans être signé d'elles.*
75. *Le sceau seul sans signature ne signifie rien.*
76. *Ce que les pere & mere écrivent sur leurs livres, de la naissance, mort, ou mariage de leurs enfans, fait foi.*

1. CE chapitre traite de deux choses; sçavoir de quelle foi est en justice ce qui se trouve écrit sur les livres des marchands, & si ce qu'une personne a écrit sur son journal, sur son *agenda*, sur ses tablettes, ou autres papiers domestiques, peut faire quelque preuve pour lui, ou contre lui. Cette premiere question m'a engagé de rechercher quels étoient ceux qu'on appelloit à Rome *argentarii*,

dont Boiceau a parlé ſimplement en paſſant, & d'examiner enſuite s'il eſt juſte, & s'il eſt vrai, comme quelques-uns ont prétendu, que les livres des marchands faſſent foi en juſtice en leur faveur, & s'ils tiennent lieu du moins de commencement de preuve par écrit contre les débiteurs, dont les noms s'y trouvent écrits. La ſeconde queſtion m'a donné occaſion d'examiner les différentes matieres dont on s'eſt ſervi autrefois pour écrire, dont Boiceau n'a dit qu'un mot, ſans néanmoins entrer trop dans le détail, m'étant contenté de renvoyer aux auteurs qui ſe ſont donné la peine de l'approfondir. Voici donc tous les noms qu'on donnoit à Rome à ceux qui ſe mêloient du commerce de l'argent, & leurs fonctions; on les appelloit *argentarii ſeu argentariæ menſæ exercitores, id eſt, argenti diſtractores, vel venditores, menſarii;* ou *menſularii, nummularii, fœneratores, trapezitæ, colybiſtæ, crematiſtæ, campſores, coactores ſeu collectarii.*

Pour connoître la différente ſignification de tous ces noms, il faut d'abord diſtinguer, avec Sigonius, ceux qui s'appelloient *argentarii*, de ceux qu'on nommoit *menſarii.* Ces derniers, dit-il, étoient ceux qui faiſoient valoir l'argent de la république; ce qui peut être confirmé par ce que dit Roſinus *Ant. Rom.* livre 7, chap. 39, *de quinque Viris menſariis & Triumviris menſariis*, qui furent établis à Rome en différens tems, pour trouver les moyens de ſoulager les débiteurs qui ſe trouvoient accablés par les intérêts uſuraires de leurs créanciers. Les argentiers, au contraire, faiſoient valoir l'argent des particuliers; on les appelloit *trapezitas, colybiſtas, campſores*, c'eſt-à-dire, changeurs; & *fœneratores*, parce qu'on leur donnoit de l'argent à uſure.

De Antiquo jure Roman. l. 2, c. 11.

2. *Nummularii*, dit M. Cujas, livre 3, *Reſponſ. Papin. ad* l. 36, *de Jure fiſci*, §. *Papinianus quoque*, étoient ceux qui faiſoient une des moindres fonctions des argentiers, *quia erogabant pecuniam per partes;* ils payoient & comptoient l'argent.

3. *Coactores*, ou *Collectarii*, étoient ceux qui exerçoient des contraintes contre les débiteurs, auxquels ils avoient prêté de l'argent à uſure, & qui alloient de porte en porte recevoir l'argent de ceux qui avoient fait des encheres ſur

Qui poſtquàm argentarii pro aliis actionem fecerunt oſtiatim cogunt pecunias ſive

pretia quæ fecerunt qui l. citati sunt. Cujas, *ibid.*

les choſes qui avoient été vendues par licitation au bureau des argentiers. Signonius, *ibid.* dit auſſi qu'ils publioient à haute voix le prix des choſes qui étoient à vendre, & qu'ils tenoient regiſtres des encheres que chacun y venoit mettre. M. Cujas, *ad l. Si unus, de Pactis*, dit que les argentiers, en général, faiſoient un corps à Rome; que leur fonction étoit publique: *Tabernas & menſas cum ære in foro poſitas habebant, apud menſas pecuniæ deponebantur, permutabantur, emebantur, vendebantur, quod latinè eſt cambire, per eos plerique pecuniam credebant & fœneri occupabant, emebant, vendebant, auctionem & omnia negotia exercebant, & de his rationes conficiebant.*

Erant præcones qui ſtabant ad haſtam, nuntiabantque pretia oblata.

4. Le même M. Cujas, *ad l.* 8, *Quod privilegium*, tirée du liv. 9 des Queſtions de Papinien, parlant des argentiers en général, après avoir dit qu'ils avoient leur bureau, ou table de change, ouverte à tout le monde dans la place publique, ajoûte qu'on s'adreſſoit à eux pour dreſſer des comptes; qu'ils ſe connoiſſoient parfaitement à la bonté des eſpeces, & que, par cette raiſon, on ſe ſervoit d'eux pour compter de l'argent, quand il s'agiſſoit de faire un payement; ce qui eſt marqué en la loi 39, titre *de Solution. ff. Si ſoluturus pecuniam tibi juſſu tuo ſignatam apud nummularium, quoàd probaretur, depoſuerim, tuo periculo eam fore.* Outre cela, dit-il, ils tenoient auſſi le change, & donnoient de nouvelles eſpeces à la place de celles qui étoient uſées, moyennant un droit appellé en grec *collibus ſive aſperatura*; ainſi nommé, dit Turnebe *in Adverſariis*, de ce que ceux qui changeoient des eſpeces uſées, en prenoient de neuves, & *pro tritâ pecuniâ, aſperam vellent habere.* On s'adreſſoit auſſi à eux, quand on avoit quelque choſe à vendre ou à acheter; mais leur principale fonction étoit de faire prêter de l'argent à uſure; & on leur donnoit même de l'argent en dépôt, pariculiérement ceux qui alloient en voyage. Ils faiſoient un corps, & une compagnie approuvée dans la république, quoique leur miniſtere ne fût pas honorable, parce qu'ils exerçoient l'uſure; ce qui étoit tellement attaché à leur fonction, que les uſures leur étoient dûes à huit pour cent, *ex ſolâ præſcriptione*, & ſans ſtipulation, comme dit la loi.

L. Si filiæ, ff. de Soluts.

Bis ſs uſura, l. Eos, C. de Uſuris.

5. Loyſeau, des Ordres, chapitre 2, nombre 84, diviſe

encore les marchands de Rome en trois eſpeces ; les marchands ordinaires, qui faiſoient dans Rome toutes ſortes de marchandiſes en gros, leſquels compoſoient un corps & une communauté, ainſi qu'il eſt marqué dans Tite-Live, liv. 2 ; les banquiers appellés *argentarii*, qui faiſoient trafic de l'argent, comme il vient d'être dit, & qui, en même tems, ajoûte-t-il, faiſoient toutes les affaires des particuliers, recevoient leur revenu, & faiſoient leur dépenſe ; ce qui étoit néceſſaire en ce tems-là, parce que la monnoie de Rome n'étoit pas portative ; ce qui obligeoit les particuliers de contracter plutôt par lettres de change par le moyen des banquiers, que par argent comptant ; & il faut les diſtinguer, dit-il, de ceux appellés *trapezitæ ſeu menſarii*, comme dit Sigonius, (qui s'appelloient ainſi, ſuivant Tite-Live, *à diſpenſatione pecuniæ.*) Enfin, dit Loyſeau, il y avoit les marchands des Provinces, appellés *négociateurs*, parce qu'ils étoient les ſimples entremetteurs des marchands de Rome, auxquels, par honneur, ils laiſſoient le nom de *marchand*. Au reſte, ſuivant la loi 12, Code, liv. 12, titre 58, il étoit défendu à ceux nommés *trapezitæ*, de poſſéder aucune charge dans la province dans laquelle ils faiſoient leur commerce, parce que leur fonction étoit fort décriée en ce tems-là : *Sed etiàm cunctos qui diverſarum rerum negotiationibus detinentur, trapezitas ſcilicèt, vel gemmarum, argentique, veſtiumve venditores, apothecarios etiàm, cæteroſque inſtitores aliarum mercium quibuſcunque ergaſteriis adhærentes, jubemus à provincialibus officiis removeri, ut omnis honor atque militia, à contagione hujuſmodi ſegregetur.*

Sigonius de ant. Jure Rom. l. 2, cap. 11.

6. Quant à la forme de contracter avec eux, ceux à qui ils faiſoient prêter de l'argent, reconnoiſſoient avoir reçu la ſomme, quoiqu'elle ne leur eût pas encore été comptée ni délivrée, on écrivoit le nom du créancier & du débiteur ſur leur livre, qui s'appelloit *calendarium*, lequel étoit public & faiſoit foi en juſtice ; & cette ſimple inſcription ſur ce livre étoit ce qu'ils appelloient *litteratum ſeu nominum obligatio*, laquelle façon de contracter avoit ceſſé d'être en uſage dès le tems de Juſtinien, comme il eſt marqué au commencement du titre 22, *Inſtit. de litter. Obl.*

Ex eorum ſcripturâ naſcebatur obligatio nominum ſive ſtipulatio, dit M. Cujas, *ad l. Si unus de Pactis, & ad l. Si plures, eod. tit.*

7. Ils étoient obligés de communiquer ces livres à tous

ceux qui y avoient intérêt, parce que leur miniſtere étoit public, comme dit M. Cujas, ci-deſſus cité; & s is le refuſoient, ils y étoient contraints, *actione in factum prætoriâ*, dit M. Columbet, *in Paratitl. ff. de Edendo, in id ſpecialiter adversùs argentarios introducta;* & M. Cujas, *ad l.* 40, *ad l. Aquil. l.* 3, *Pauli ad edict.* dit que, ſi faute par l'argentier de repréſenter ſes livres, quelqu'un a perdu ſon procès, l'argentier ſera tenu de l'indemniſer de la perte de ſon procès & des frais, *actione in factum, ſi probare poſſit ſe potuiſſe vincere;* & l'argentier n'étoit tenu que de montrer l'endroit de ſon regiſtre qui concernoit cette perſonne, & non pas tout ſon regiſtre : tout ce que deſſus avoit lieu auſſi à l'égard de leurs héritiers, quoiqu'ils ne fuſſent pas argentiers, ſur quoi il faut voir le titre, au *ff. de Edendo*, & la novelle 136, *de argentarii Contractibus*. La forme unique, requiſe dans ces livres, étoit que le jour & le conſulat, c'eſt-à-dire, l'année dans laquelle l'affaire s'étoit faite, y fût marquée. Ceux qui leur avoient confié leur argent en dépôt, avoient un privilége ſur leurs biens, & non ceux qui leur avoient donné pour le faire profiter, & en tirer intérêt, ſuivant qu'il eſt décidé dans la loi, *Si ventri*, *ff. de Rebus judicis authorit. poſſid. Aliud enim eſt deponere*, dit-elle, *aliud credere.*

8. Guy Pancirol, *Var. quæſt. l.* 1, *cap.* 31, obſerve qu'on donnoit auſſi en garde aux argentiers l'argent de la république, qui provenoit de la levée des tributs, & que le queſteur recevoit cet argent de leurs mains, & le donnoit au préteur qui en faiſoit l'emploi ſuivant les beſoins de l'Etat; ce qu'il confirme par ce paſſage cité de Ciceron : *Si prætor dedit pecuniam civitatis, quæſtor numeravit, quæſtor à menſâ publicâ, menſa autem ex vectigali aut ex tributo.*

9. Il obſerve encore qu'ils intervenoient ſouvent cautions pour les autres, & qu'en ce cas, ils étoient les ſeuls contre leſquels on pouvoit intenter l'action *receptitia :* leur bureau étoit une maiſon dans la grande place publique, qu'ils tenoient du fiſc à bail emphytéotique; de-là eſt venu qu'on a appellé faire banqueroute, *foro cedere.*

10. Pancirol prétend que ſi on ajoûtoit foi à leurs regiſtres, ce n'étoit pas, comme Accurſe à prétendu, parce qu'ils

qu'ils étoient choisis & nommés par le peuple, mais parce que leur fonction étoit d'elle-même toute publique, *& ob publicam causam;* étant d'ailleurs permis à tout le monde de l'exercer.

11. Everhard, *de Fide instrum. cap.* 1, *n.* 4, prétend, au contraire, qu'il y en avoit de deux sortes; ce qui peut servir à justifier l'opinion d'Accurse. Les uns, dit-il, étoient établis par la ville, en un certain lieu; & chacun pouvoit sûrement porter son argent à leur bureau, à condition de pouvoir le retirer entiérement, ou en partie, quand il vouloit, avec l'intérêt, suivant le tems qu'il y étoit resté, & on ne prépossoit à ce bureau que des gens d'une probité connue; ce qui est encore, dit-il, en usage à Venise, à Genes & à Barcelone. Il y en avoit d'autres, continue-t-il, qui faisoient commerce de leur argent pour leur compte, & non pas au nom de la ville; ce sont ceux que les Italiens appellent *banquiers* aujourd'hui; & ceux-là sont obligés d'obtenir du magistrat la permission de tenir la banque. A Rome, les argentiers pouvoient exercer leur commerce par leurs enfans, & même par leurs esclaves, suivant la loi *Prætor*, *ff. de Edendo.* Les esclaves pouvoient aussi l'exercer en leur nom, à concurrence de leur pécule, suivant le §. *Si servus eâdem lege;* mais les femmes n'y étoient pas reçues, suivant la loi *Fœmina*, *eod. tit.*

12. Enfin Everhard dit que ces noms, *argentarii*, *nummularii*, *mensularii*, étoient synonymes d'ordinaire, & servoient aussi quelquefois à distinguer leurs emplois; *argentarii*, dit il, étoient ceux qui tenoient le bureau & qui faisoient la principale fonction; *nummularii*, étoient proprement les caissiers; *mensularii*, étoient ceux qui recevoient l'argent, & qui payoient.

13. Il y auroit encore beaucoup de choses à éclaircir sur cette matiere; mais comme cette digression iroit trop loin. Il suffit de ce qui vient d'être dit, pour faire voir que nos marchands n'ont rien de commun avec les argentiers, & qu'ainsi les loix Romaines tirées, du *T. de Edendo*, *ff.* n'ont pas une application juste aux difficultés qui naissent à l'occasion des livres de nos marchands.

14. Nous n'avons en France que les banquiers, & les agens de change, érigés en titre d'office en 1539, qui sont

perſonnes publiques, & dont les livres font foi en juſtice; la forme de leurs livres eſt réglée par l'Ordonnance de 1673, T. 3, art. 3. Nous avons auſſi les changeurs établis par autorité publique, qui tiennent le change de l'argent, & leſquels ont un droit pour change des eſpeces.

15. Cela ſuppoſé, il reſte à examiner la queſtion que traite Boiceau dans ce chapitre, au ſujet des livres des Marchands, pour ſçavoir quelle foi ils doivent faire en juſtice, & s'ils font un commencement de preuve par écrit, ſur lequel on puiſſe admettre la preuve par témoins. Comme cette queſtion eſt très familiere dans l'uſage, &, par conſéquent, très-importante, quoique d'ailleurs très-difficile, au ſentiment même de Me Charles Dumoulin, j'ai cru la devoir examiner un peu plus au long que Boiceau n'a fait.

Perdifficilem ſur ce Code, *l.* 4.

Les principaux auteurs qui l'ont traitée *ex profeſſo*, ſont entr'autres Stracha, *de Mercatura*; Scaccia en ſon Traité *de Commerciis*, Ménochius, Maſcardus, *de Jure commerciorum ſingulari*; & Me Charles Dumoulin ſur le livre 4 du Code Juſtinien, T. 1. Tous ces auteurs ont ramaſſé les différens ſentimens de ceux qui les ont précédés; mais ſans m'arrêter à les examiner en détail, pour connoître par quels principes cette queſtion ſe doit décider dans ces différentes circonſtances, & les diſtinctions qu'on y doit apporter, ſuivant nos mœurs, on commencera par rapporter le ſentiment de Me Charles Dumoulin qui l'a traitée, & on le traduira preſque mot à mot, à cauſe de la conſéquence de cette matiere qui regarde toute ſorte de perſonnes: on ajoûtera enſuite des raiſons particulieres, la plûpart tirées de la diſpoſition de nos Coutumes & de nos Ordonnances, ou fondées ſur les maximes les plus certaines, & ſur l'uſage que nous obſervons dans ces matieres, pour faire voir que les livres des marchands ne font point foi; & on répondra enſuite aux raiſons de ceux qui ſoutiennent indiſtinctement, que l'on doit ajoûter foi entiere à ces ſortes de livres en toutes ſortes d'occaſions.

16. Les docteurs, dit Me Charles Dumoulin, ſont partagés entr'eux, pour ſçavoir quelle foi on doit ajoûter aux livres des marchands. Les uns prétendent, dit-il, qu'on y doit ajoûter foi entiérement & indiſtinctement en

toutes ſortes d'occaſions ; les autres, que ces livres ne font qu'une demi-preuve ; & quelques autres, qu'en aucun cas ces livres ne doivent faire foi.

17. Il explique enſuite ce qu'il faut entendre par ce mot *rationes*, qui étoient les livres de raiſon & les regiſtres des argentiers à Rome ; & il en tire la définition, de la loi *Si quis, ff. de Edendo. Rationem autem eſſe, Labeo ait, ultrò citrò dandi, accipiendi, credendi, obligandi, ſolvendi ſui causâ negotiationem.* C'eſt un regiſtre, ou journal, dans lequel ſont compriſes les ſommes que l'on doit rendre, & celles que l'on a reçues, les dettes actives & paſſives, & les payemens que l'on doit faire, ou ceux qu'on doit recevoir pour raiſon de ſon négoce.

18. Il fait voir que les docteurs & la gloſe ont erré, quand ils ont poſé pour maxime que les livres de tous les marchands, en général, faiſoient une véritable demi-preuve, laquelle avec l'affirmation du marchand, devenoit une preuve parfaite, & qu'ils ſe ſont fondés mal-à-propos ſur la loi *Quædam*, §. *Nummularios*, *ff. de Edendo*, qui ne parle que de ceux qui faiſoient la moindre & la derniere fonction des argentiers appellés *nummularii*.

Et ità arguit gloſſa omnibus rationibus mercatorum veram eſſe adhibendam ſemiplenam etiàm fidem, ità ut cum juramento ſcribentis planè probent.

19. M. Cujas ſur ce §. dit que *erant minuti & infimi, argentariis non abſimiles ſed illis adſimiles . . . . . collectarii argentariorum & κολλυβισταὶ* c'eſt-à-dire ceux qui tenoient le change parmi eux, & qui tenoient auſſi les regiſtres de l'argent qui paſſoit par leurs mains.

20. Dumoulin ajoûte que ceux qui ont cru, au contraire, que jamais le regiſtre, ou le journal particulier d'une perſonne, ne pourroit faire une demi-preuve contre lui, en quelque cas que ce fût, ſe ſont auſſi trompés comme Cynus ; car à l'égard de ceux qui ſe ſont fondés ſur le §. *Nummularios*, ils n'ont pas dû comparer ceux qui portoient ce nom à Rome, avec nos marchands ; parce que, dit-il, *nummulariis antiquiùs imponebatur hoc officium publicum ut gererent jurati.* Leur commerce regardoit le public ; & ils n'étoient admis à l'exercer, qu'après avoir prêté ſerment de s'en acquitter avec fidélité ; au lieu que, parmi nous, ajoûte-t-il, chacun exerce la marchandiſe librement, & ſans prêter aucun ſerment (ce qui n'eſt pourtant pas véritable à l'égard des marchands qui font un corps diſtin-

gué) : néanmoins, comme on ajoûte foi aux livres de nos marchands, en certaines occaſions, il faut, continue-t-il, examiner trois queſtions ſur ce ſujet.

21. La premiere eſt de ſçavoir ſi ces livres font foi en faveur du marchand qui les a écrits ; la ſeconde, ſi ces livres font foi contre le marchand qui les a écrits ; la troiſiéme, s'ils font foi à l'égard des tierces perſonnes.

22. Quant à la premiere queſtion, Dumoulin dit que la maxime générale eſt que ce que nous appellons *rationes*, ou regiſtres & journaux domeſtiques, ne ſont point foi en faveur de celui qui les a écrits ; ce qui eſt décidé par la loi *Exemplo*, *C. de Prob.* & en ce cas, l'opinion de Cynus ſe peut ſoutenir.

Exemplo perniciosum est ut ei scripturæ credatur quem unusquisque sibi adnotatione propriâ debitorem constituit.

23. La premiere exception de cette maxime, dit Dumoulin, eſt à l'égard des choſes qui dépendent purement de la volonté, & que l'on peut faire ou ne pas faire : il cite à ce ſujet l'eſpece de la loi *Neſennius*, *D. de Neg. geſtis*, en laquelle il s'agiſſoit de ſçavoir ſi une aïeule ou ſes héritiers étoient recevables à répéter les alimens qu'elle avoit fournis à ſon petit-fils, ce que le juriſconſulte appelle une *queſtion de fait*, en laquelle on eſt obligé de prouver que cette aïeule n'a pas eu deſſein de les répéter, & que, lorſqu'elle a écrit la ſomme à laquelle reviennent ces alimens dans le journal de ſa dépenſe, on doit croire qu'elle a eu deſſein de les compter à ſon petit-fils, ou à ſon tuteur.

Undè neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere oportet.

24. La ſeconde exception, ajoûte Dumoulin, eſt quand le marchand, qui produit ſon livre, eſt connu pour homme loyal & de probité, *Quem vocamus liberalem aut legalem*, dont la vie eſt ſans reproche ; car, dit-il, quoique le livre ne faſſe pas une preuve entiere, ni même une demi-preuve, néanmoins il en réſulte une préſomption, laquelle ſuffit pour faire recevoir ſon affirmation, en telle ſorte que ce livre fera foi enſuite. Ces termes de Dumoulin ſont à remarquer : *Quiâ rationes ejus, quamvis non plenam probationem, nec omninò ſemiplenam inducant tamèn adferunt aliquam præſumptionem, ex quâ poſſit ei deferri juramentum ità ut per ſe rationes probent.* Il fonde cette déciſion ſur la loi *Rationes*, *C. de Probat. Rationes defuncti, quæ in bonis ejus inveniuntur ad probationem ſibi debitæ quantitatis ſolas ſufficere non poſſe, ſæpè reſcriptum eſt ;* d'où il conclut que,

puiſque la loi ne veut pas que les papiers, ou regiſtres domeſtiques, faſſent foi tous ſeuls de ce qu'ils contiennent, il s'enſuit par un argument à ſens contraire, que cette écriture pure privée fait foi, quand elle eſt ſoutenue par d'autres preuves, (comme le ſerment.)

25. Enfin la derniere exception eſt, dit-il, quand la vraiſemblance s'accorde avec la choſe qui eſt écrite dans ce livre, ſoit, eu égard à la ſomme, ou à la qualité de l'affaire dont il s'agit, de même qu'on a coutume d'en uſer à l'égard des tuteurs & curateurs, quand il paroît manifeſtement que les alimens qu'ils ont fournis, & les avances qu'ils ont faites pour leur pupille, peuvent revenir à-peu-près à la ſomme qu'ils ont marqué dans le journal de leur dépenſe; car, en ce cas, il dépendra de la prudence du juge d'admettre les livres comme une demi-preuve de ce dont il s'agit. Bartole même, continue-t-il, poſe pour maxime générale, que ces ſortes de papiers domeſtiques ſont une demi-preuve, quand il s'agit d'une petite ſomme, & que la perſonne, qui les a écrits, eſt en réputation d'être un honnête homme; ce qui s'obſerve particuliérement en faveur des tuteurs & des curateurs.

26. Pour ce qui eſt de la ſeconde queſtion, ſçavoir ſi un livre journal fait foi contre celui qui l'a écrit, Dumoulin décide pour l'affirmative; & ce livre journal, dit-il, fait une preuve entiere par lui-même, ſans qu'il ſoit beſoin d'avoir recours au ſerment de celui qui l'a écrit; ce qui a lieu, quoique ce livre ſoit écrit de la main d'un autre, pourvu que cette perſonne reconnoiſſe que ce livre journal eſt celui dont elle ſe ſert.

27. Ce qui a lieu contre les marchands, quoique leur journal ſoit écrit de la main de leur facteur; & en un mot, ce livre fait foi contre celui qui l'a écrit, quoiqu'il dénie l'avoir écrit, ou qu'il ſoutienne que ce qui ſe trouve écrit contre lui, y a été écrit par un autre à ſon inſçu, & malgré lui, pourvu qu'il ſoit conſtant, comme il a été dit, que ce ſoit le livre journal dont il ſe ſert, quand même ce livre ſeroit ſans date, *ſine die & conſule*, ſuivant le ſentiment de Panorme.

28. La premiere exception de cette maxime, ajoûte Dumoulin, eſt quand la cauſe de la dette n'eſt pas expri-

mée, comme s'il eſt écrit ſeulement ſur ce journal : *Je dois à Titius*, ſans dire ſi c'eſt pour cauſe de prêt, ou pour raiſon d'un dépôt; car on ne pourroit aſſigner cette perſonne en vertu d'une telle reconnoiſſance, parce que l'écriture ſeule ne ſuffit pas, & n'eſt pas un moyen pour nous rendre débiteurs; mais quand il y a, outre cela, une cauſe exprimée, alors on préſume qu'il y a une obligation véritable; & cette préſomption eſt établie ſur ce que cette reconnoiſſance de la dette ſe trouve avoir été écrite de la main de celui qui ſe reconnoît débiteur, ſuivant le ſentiment de Balde, lequel ajoûte que, quoique la cauſe de la dette ne ſoit pas exprimée ſur ce journal, néanmoins elle ſe peut aiſément préſumer par conjecture; par exemple, ſi c'eſt un marchand de drap, qui a écrit ſur ſon livre qu'il devoit une certaine ſomme à Titius, auſſi marchand de drap, ſans expliquer pourquoi, il ſera aiſé de préſumer que c'eſt pour marchandiſes de drap que Titius lui a fournies.

29. La ſeconde exception de la maxime ci-deſſus, continue Dumoulin, eſt que ſi, dans le livre journal il ſe trouve des papiers volans, ou billets écrits pour mémoire que Cicéron appelle *adverſaria*, ils ne font aucune preuve ni aucune préſomption contre celui dans le journal duquel on les trouve, parce que, ſuivant la définition de ce mot *ratio*, ci-deſſus rapporté, ce qui ſe trouve écrit de la main d'une perſonne, ne doit point faire foi contre lui, ſi l'affaire dont il s'agit, n'y eſt expliquée en ſon entier, & s'il ne contient en détail un compte de ce qui a été reçu, & de ce qui reſte à payer.

Quià ratio debet eſſe continuata ultrò citròque continere accepta.

30. Enfin cette maxime, que ce qu'une perſonne a écrit ſur ſon regiſtre ou journal, fait foi contre lui, n'a pas lieu, quand celui qui veut s'en ſervir n'a pas voulu d'abord y ajoûter foi, & l'a rejetté : *Quià nemo debet juvari eo quod expreſsè anteà viſus eſt impugnare.*

31. La derniere queſtion eſt de ſçavoir, dit Dumoulin, ſi ce qui ſe trouve écrit ſur le regiſtre, ou journal d'un autre, peut faire foi d'une choſe qui s'eſt paſſée entre tierces perſonnes; &, en ce cas, dit Dumoulin, il faut uſer de diſtinction, ainſi qu'il a été dit ci-devant; car alors, ou celui qui a écrit cette choſe exerce une fonction publique, tels qu'étoient ceux appellés *nummularii*, à Rome,

dont il eſt parlé en la loi *Quædam*, §. *Nummularios*; (& en ce cas, ce qu'ils ont écrit fait foi, même d'une choſe qui s'eſt paſſée entre tierces perſonnes,) ou cette perſonne n'a aucune fonction publique, comme ſont aujourd'hui nos marchands; & en ce cas, ce qui ſe trouve écrit ſur leurs livres ne fait point foi entre tierces perſonnes.

32. Il examine enſuite ceux que l'on peut dire exercer une fonction publique parmi nous; & il dit, parlant par rapport à ſon ſiécle, qu'il n'y a que les receveurs des villes, ou ceux qui exercent le change.

33. Il finit, en diſant que tout ce qu'il a poſé pour maxime, n'a pas lieu, ſi la Coutume des lieux eſt au contraire; car il y en a, dit-il, quelques-unes qui décident que l'on doit ajoûter entiérement foi aux livres des marchands, & alors il faut ſuivre cette diſpoſition.

34. Donc, continue-t-il, en pareille occaſion, j'examinerois ce qui eſt le plus vraiſemblable, quelle eſt la réputation & la conduite de la perſonne qui a écrit ſur ſon journal; ſi la ſomme dont il s'agit eſt médiocre ou conſidérable; & ſelon toutes ces conjectures, je déterminerois ſi cette écriture fait une preuve entiere, ou une demi-preuve, ou s'il faut avoir recours encore à d'autres préſomptions.

35. La plûpart des docteurs ſont de l'avis de Me Charles Dumoulin, ſur la ſeconde queſtion, & décident unanimement que les *livres de raiſon* ſont foi contre celui qui les a écrits, & qui s'en ſert. Maſcardus, dans ſon livre *de Jure mercatorum & commerciorum ſingulari*, *l.* 3, *chap.* 9, où il traite les mêmes queſtions que Me Charles Dumoulin, la décide auſſi à l'égard des marchands, ſuivant le ſentiment des autres docteurs.

36. Il ne reſte donc plus que la premiere à examiner; car à l'égard de la derniere, ſçavoir ſi les livres journaux ou regiſtres domeſtiques de ceux qui ne ſont point marchands, font foi contre de tierces perſonnes, la déciſion de Me Charles Dumoulin eſt indubitable, d'autant que la loi a décidé indiſtinctement qu'il ſeroit de dangereuſe conſéquence d'ajoûter foi à ce qu'une perſonne pourroit écrire ſur ſon papier journal à ſon profit, parce que la conſéquence en ſeroit perilleuſe, ſi cela avoit lieu contre un tiers; car ce

Exemplo pernicioſum eſt.

ſeroit autoriſer manifeſtement la fraude & la mauvaiſe foi.

37. Pour venir donc à la premiere queſtion, ſçavoir ſi les livres des marchands font foi en leur faveur, il faut remarquer d'abord que Me Charles Dumoulin n'a point traité celle de ſçavoir ſi les livres des marchands font du moins un commencement de preuve par écrit, ſur lequel on puiſſe leur accorder la preuve par témoins; & il ne pouvoit pas même faire cette queſtion, parce que l'ordonnance de Moulins n'a été publiée qu'après ſa mort, comme il a été déja remarqué: ainſi la preuve par témoins avoit lieu, de ſon tems, en toute ſorte de matieres, Il faut encore remarquer qu'il dit préciſément que ces livres ne font point une preuve entiere, ni même une demi-preuve par eux-mêmes, mais une ſimple préſomption. Il ajoûte, à la vérité, que cette préſomption, jointe à leur affirmation, devient une preuve complette; ce qu'il faut entendre pourtant, ſuivant le ſentiment du même Dumoulin, quand il y a de la vraiſemblance, & que le marchand eſt un homme loyal, & en réputation d'homme d'honneur, voilà les dernieres réflexions qu'il fait ſur cette queſtion; mais cette opinion ne ſeroit pas reçue aujourd'hui, (ſi ce n'eſt qu'il s'agît d'une ſomme au-deſſous de cent livres;) c'eſt ce qu'il faut examiner.

Art. 127, C. de Paris, de Ferrieres.

38. Celui qui a compilé les déciſions de tous les commentateurs de la Coutume de Paris, a avancé, ſous l'autorité du même Dumoulin, que les livres des marchands faiſoient foi indéfiniment contre le débiteur, quand ils avoient les conditions requiſes par les docteurs; ce qui eſt contraire à ce qui vient d'être rapporté. Il eſt vrai que Dumoulin, §. 8, n. 20, titre des Fiefs, dit qu'il faut ajoûter foi aux livres de raiſon d'un marchand, quand les articles en ſont bien ſuivis, & conformes, pour la plûpart, à la vérité: *Facit etiàm quòd in ſimplici libro mercatoris, tempore negotiationis ſuæ tantùm recentèr cœpto & confecto, fides adhibetur pro ſcribente quantò in pluribus capitulis ibi deſcriptis verificatur & invenitur conformis veritati.* Mais dans cet endroit, il faut obſerver que Dumoulin argumente de la foi que doit faire un dénombrement ou un papier terrier entre le ſeigneur & le vaſſal, ou à l'égard d'un tiers, par rapport à celle que doivent faire les livres des marchands entr'eux ſeulement;

ſeulement ; auſſi pour ôter toute équivoque, Dumoulin ajoûte ces mots : *Quod autèm dixi de ſimplici libro mercatoris, intellige de vero libro rationum, quem quis tenetur etiàm contra ſe edere ſivè agendo, ſivè deffendendo in negotiis communibus editionem petente.* Ce mot *communibus* marque aſſez qu'il ne parle qu'entre marchands qui trafiquent enſemble ; c'eſt pourquoi le même Dumoulin décide encore formellement ſur le titre premier, *Cod. de Edendo*, que les livres des marchands ne font point foi indiſtinctement contre un tiers, parce que ce ne ſont que des écritures privées qui ne font qu'une demi-preuve, ſuivant l'arbitrage du juge : *Secùs in rationibus mercatoris, quæ ſunt ſcriptura privata, quæ non facit plenam fidem, ſed ſemiplenam, arbitrio judicis ;* deſquels termes de Dumoulin on ne pourroit conclure à préſent que lorſque ces livres font une demi-preuve, le juge doive accorder la preuve par témoins, ou déférer le ſerment. Voici donc quel eſt l'eſprit de nos Coutumes & de nos Ordonnances ſur ce ſujet.

39. 1° Il eſt conſtant que la plûpart de nos Coutumes n'ont point eu d'égard à ces livres, quand la queſtion eſt entre un marchand & une tierce perſonne non marchand. La Coutume de Troyes, qui, article 201, étend la preſcription en faveur des marchands, juſqu'à quatre ans, durant leſquels on ne peut leur oppoſer la fin de non-recevoir, fait cette diſtinction préciſe, entre les livraiſons de marchand à marchand, & celles de marchand à bourgeois ; & dans toutes les autres Coutumes on doit ſous-entendre cette diſtinction dans les diſpoſitions qu'elles renferment, au ſujet de cette fin de non-recevoir : c'eſt pourquoi la plûpart, pour empêcher qu'elle ait lieu, exigent que le marchand rapporte une cédule, une obligation, un arrêt de compte par écrit, ou du moins une interpellation judiciaire, comme celle de Paris, article 127. Elle ne dit point que le marchand pourra aſſigner ſon débiteur ſur l'extrait de ſon livre ; & Guénois, en ſa Conférence des Coutumes ſur l'article 126 de celle de Paris, dit fort judicieuſement, que l'*opinion de ceux qui diſent que ce compte* (dont elle parle) *doit être par écrit, eſt la plus certaine, afin de retrancher les preuves qui ſe pourroient forger par faux témoins ;* ce qui ſe peut colliger, ajoûte-t-il, de l'art. 127.

de la même Coutume de Paris, qui ajoûte à l'article 126 ces deux mots, *par écrit ;* & quoiqu'on puiſſe répondre que ces deux articles ne parlent dans cet endroit que de ce qui eſt néceſſaire pour interrompre la preſcription, & non pas de ce qui eſt requis pour établir la vérité de la dette, il réſulte néanmoins de ces diſpoſitions, que ſi la Coutume avoit jugé que les livres des marchands fiſſent foi par eux-mêmes, ils ſuffiroient auſſi pour interrompre la preſcription d'un an & de ſix mois, puiſqu'ils tiendroient lieu d'une preuve écrite de la dette. Guénois rapporte au même endroit les diſpoſitions des autres Coutumes, qui requierent des obligations, des cédules, ou des reconnoiſſances par écrit ; (ce qui juſtifie qu'aucune n'a dit que les livres des marchands ſuffiſent,) comme Meaux, chap. 10, art. 64 ; Sens, tit. 21, art. 255 ; Auxerre, tit. 6, art. 139.

40. Celle d'Orléans, tit. 14, art. 264, après avoir requis une obligation ou une promeſſe, permet au marchand créancier de déférer le ſerment à celui qu'il prétend être ſon débiteur, *lequel ſera tenu de le prêter ; & s'il ne le veut pas, ſera reçu le ſerment du créancier marchand, & le débiteur condamné à payer ;* ce qui eſt un tempérament fort judicieux, fondé ſur la loi *Manifeſtæ turpitudinis, ff.* & ſur la faveur de la libération.

41. En effet, le débiteur ne peut refuſer de prêter ce ſerment, ſous prétexte que le tems de la preſcription d'un an ou de ſix mois, introduite contre les marchands, eſt écoulé ; parce que, comme dit Me Charles Dumoulin, queſtion 22 de ſon Traité des Uſures, nombre 228, ces ſortes de preſcriptions ſi courtes n'ont été introduites par les Coutumes contre les marchands, qu'en faveur des débiteurs qui payent d'ordinaire le marchand, ſans témoins & ſans en tirer quittance, & ſur-tout en faveur des héritiers qui ignorent ſi le défunt a payé.

Hæc brevissimæ præscriptiones introductæ in favorem debitorum qui sine apocha & testibus solvunt & præsumpti hæredum errorem.

42. Charondas, ſur le même article 127 de la Coutume de Paris, dit auſſi que ſi cet article a ajoûté ces mots, *compte par écrit ;* c'eſt afin de retrancher en telles matieres qui ſe doivent traiter & juger ſommairement la longueur des procès, & la preuve par témoins, laquelle toutefois les juges reçoivent au-deſſous de cent livres.

43. Pour ce qui eſt de nos ordonnances, on en peut

induire la même déciſion ; car aucune n'a dit qu'il fallût ajoûter foi aux livres des marchands : au contraire, l'article 67 de l'ordonnance de 1512, ſur lequel la diſpoſition de la plûpart des Coutumes réformées depuis, ſont fondées, ne met point auſſi les livres des marchands au nombre des preuves qu'elles veut qu'ils rapportent de ce qu'ils prétendent leur être dû.

On peut ajoûter l'édit de 1673 pour le commerce, lequel, dans le titre 3, preſcrit la forme des livres journaux, & regiſtres de tous marchands négocians en gros & en détail, & les banquiers & agens de change : l'art. 9 marque les cas où la préſentation & communication en peut être faite, ſçavoir *en cas de ſucceſſion, communauté, partage de ſociété & faillite ;* & l'article 10 ajoûte qu'au cas qu'*un négociant ou marchand voulût ſe ſervir de ſes livres journaux ou regiſtres, ou que la partie voulût y ajoûter foi, la repréſentation en pourra être ordonnée ;* ce qui marque que, 1° ces regiſtres ne ſont point publics, ni authentiques par eux-mêmes ; & en ſecond lieu, qu'ils ne font foi que quand la partie offre d'y ajoûter foi.

44. Et à l'égard des livres entre marchands aſſociés, ils ſont publics, ſuivant les diſpoſitions du titre 4 de la même ordonnance ; & il eſt certain qu'entre marchands faiſant trafic de la même marchandiſe, chacun doit avoir ſon livre particulier, leſquels livres font foi entr'eux ; ce qui n'eſt pas révoqué en doute : il ſuffit qu'on peut inférer des termes de l'ordonnance, que ces livres ne font foi qu'entre marchands ou aſſociés, & non en faveur d'un marchand contre un tiers [*].

[*] Néanmoins la faveur du commerce a établi que, lorſque ces livres ſont bien en régle ; que le marchand a la réputation de probité, & que ſa demande eſt donnée dans l'année de la fourniture, ils font une demi-preuve, même contre les particuliers ; & même ſouvent les juges font droit ſur les demandes des marchands, pour raiſon des fournitures qu'ils prétendent leur avoir faites, en prenant leur ſerment de la vérité de la fourniture, pour ſuppléer à ce qui manque à la preuve qui réſulte de leurs livres. Mais pour déférer l'affirmation à un marchand contre un bourgeois, ſur la vérité des fournitures inſcrites ſur ſon livre, il faut qu'elles ne montent pas à une ſomme trop conſidérable, & qu'elles n'aient rien que de vraiſemblable, relativement aux beſoins qu'en a pu avoir le défendeur : par exemple, ce ne ſeroit pas des fournitures vraiſemblables, s'il étoit écrit ſur le livre d'un marchand qu'il m'a vendu & livré dix aunes de drap noir dans une année, parce que je n'ai pas beſoin de plus d'un habillement dans l'année, pour lequel quatre aunes ſuffiſent. M. Potier, *loco cit.* p. 329. Cet auteur

Au reſte, cette déciſion touchant les livres des marchands, eſt fondée ſur la maxime générale dont il a été parlé, tirée de la loi *Exemplo*, ci-deſſus citée, & de la loi *Nuda ratio*, *D. de Don. Nuda ratio non facit aliquem debitorem ut putà quòd donare libero homini volumus, licèt referamus in rationes noſtras, debere nos tamen nullâ ratione intelligitur*; c'eſt-à-dire qu'il ne ſuffit pas même qu'une perſonne ait écrit ſur ſon journal qu'il doit une ſomme à quelqu'un pour qu'il devienne débiteur de cette ſomme envers cette perſonne. Auſſi n'eſt-il pas juſte que perſonne ſe puiſſe faire un titre à ſoi-même, à l'inſçu, & malgré ſon débiteur, à qui l'on ne peut imputer de ne l'avoir pas empêché, puiſqu'il n'eſt pas en ſa puiſſance de le faire, outre que ceux qui achetent d'un marchand, achetent & payent d'ordinaire ſans témoins & ſans tirer quittance.

45. Ainſi la préſomption du payement eſt en faveur du débiteur, parce qu'il a été en la liberté du marchand de vendre à crédit, ou de ne vendre pas; &, comme dit Brodeau ſur l'article 126 de la Coutume de Paris, le marchand eſt en ce cas bien moins favorable que le débiteur; car il doit s'imputer de n'avoir pas pris ſes ſûretés, quand il a vendu à crédit, étant préſumé avoir voulu ſuivre entiérement la foi du débiteur, au ſerment duquel, par conſéquent, il eſt tenu de ſe rapporter.

46. Et quoique la diſtinction que fait Boiceau dans ce chapitre, entre les marchands jurés, & ceux qui ne le ſont pas, ſoit très-judicieuſe; néanmoins on ne doit pas l'autoriſer indiſtinctement, en ce qu'elle exclut abſolument la foi des livres des marchands qui ne ſont pas jurés, parce que ſi c'eſt principalement à cauſe de la probité perſonnelle du marchand, que l'on doit ajoûter foi à ſes livres, cette probité ſe peut rencontrer auſſi dans les marchands non jurés; ce qui doit être, par conſéquent, laiſſé à l'arbitrage du juge. En un mot, la conſéquence ſeroit trop dangereuſe d'accorder, en toutes ſortes de cas indiſtinc-

donne peut-être un peu trop de faveur aux livres des marchands, & il ſemble que la juriſprudence du châtelet n'y eſt pas conforme: Deniſart, qui parle ordinairement d'après cette juriſprudence, dit, *verbo* LIVRES, qu'ils ne forment aucun titre contre des bourgeois non négocians qui ſont crus à leur affirmation contre les livres des marchands, lors même que la demande eſt formée dans le tems, pendant lequel la Coutume de Paris accorde l'action aux fourniſſeurs.

tement, la preuve par témoins ſur la foi de ces livres, parce que le marchand qui auroit eu la mauvaiſe foi d'écrire ſur ſon livre *de raiſon*, ou ſur *ſon journal*, une livraiſon de marchandiſes qu'il n'auroit pas faite, pourroit auſſi avoir aſſez de mauvaiſe foi pour oppoſer de faux témoins qui dépoſeroient en ſa faveur contre la vérité. J'ajoûte que, quoique l'ordonnance de Moulins n'ait point exclu la preuve qui réſulte des écritures privées, & que celle de 1667 ait admis la preuve par témoins, quand il y a un commencement de preuve par écrit, elles n'ont pourtant point entendu permettre ni autoriſer indirectement la fraude de ceux qui pourroient ſe faire ainſi un titre à eux-mêmes par une écriture privée. La fraude étant toujours exceptée, ſuivant l'eſprit de la loi; & quoique le juge ait la faculté d'accorder ou de refuſer la preuve, ſuivant les circonſtances, dont les principales réſultent, comme dit Dumoulin, de la vraiſemblance, & de la bonne ou mauvaiſe réputation du marchand ou du débiteur, néanmoins on peut dire que le marchand eſt en faute de n'avoir pas pris ſes ſûretés, comme il l'a dû faire réguliérement, & que le débiteur en doit être cru à ſon affirmation, s'il n'y a des circonſtances très-préciſes qui marquent qu'il eſt effectivement débiteur.

47. Mais ſi cette preuve par témoins peut être permiſe, quand certaines circonſtances de bonne foi ſe rencontrent; du moins, quand l'année, ou les ſix mois preſcrits par la Coutume ſont écoulés, il faut une preuve par écrit de la dette, parce que le marchand n'a plus d'action après ce tems fatal, & ainſi la preuve par témoins lui doit être refuſée; & il faut remarquer que l'interpellation judiciaire, dont parle l'article 127 de la Coutume de Paris, ſi elle a été faite avant ce tems expiré, ne peut paſſer enſuite pour un commencement de preuve par écrit de la dette, puiſqu'elle n'eſt manifeſtement requiſe que pour empêcher le cours de la preſcription en faveur d'un marchand : or un commandement de payer, ou une aſſignation pour ſe voir condamner à payer, ne peut jamais devenir une preuve que la choſe eſt dûe.

48. Que s'il s'agit d'une ſomme moindre de cent livres, la preuve par témoins peut être accordée au marchand,

ſur la foi de ſon livre, (comme il a été dit,) s'il n'y a aucune préſomption de fraude de ſa part; car ce livre étant en bonne forme, il peut paſſer, en ce cas, pour un commencement de preuve par écrit.

49. Il reſte à répondre aux raiſons & aux autorités de ceux qui prétendent que les livres des marchands devroient faire foi indéfiniment en toutes ſortes d'occaſions, & contre toutes ſortes de perſonnes.

50. Celui qui a donné au public des Inſtitutes de la Juriſdiction conſulaire, a ramaſſé toutes les autorités & toutes les raiſons que les docteurs alléguent pour cette opinion. Il ſuffira de réfuter les principales; il cite d'abord le ſentiment de Balde, en ſon conſeil 198 & 466, qui dit qu'à cauſe de la fidélité des marchands, leurs livres, quoiqu'écritures privées, ſont regardés comme authentiques: il cite enſuite Jaſon & Alexandre, Stracha, *de Mercator.* & Maſcardus, *de Probat*, *l.* 3, *cap.* 9, qui ſont du ſentiment de Balde. Ce dernier rapporte même qu'en Allemagne & en Italie, foi entiere eſt ajoûtée aux livres des marchands, ſuivant les bulles de Martin V, de Paul III, & de Pie IV, par leſquelles il a été ordonné que ces livres feroient foi juſqu'à concurrence de la ſomme de vingt ducats; ce qui a enſuite été augmenté juſqu'à trente, pourvu néanmoins que ce ſoit pour prêt, ou autre choſe qui concerne leur commerce. Il rapporte auſſi qu'à Veniſe, en 1521, il fut arrêté en la chambre du grand-conſeil que ces livres feroient foi pendant cinq ans, comme étant un tems ſuffiſant aux marchands pour recouvrer leurs effets; & il remarque qu'a Florence, non-ſeulement les livres des marchands font foi, mais même ceux des artiſans que l'on regarde comme des inſtrumens publics, leſquels emportent hypotheque, & donnent exécution paree [*]. Il conclut de-là

[*] Le Code civil de Savoie, liv. 2, tit 17, ch. 4, après avoir réglé la maniere dont doivent être tenus les livres des marchands, dit, n. 9: « Les livres » des banquiers, négocians & marchands, tant en gros qu'en détail, qui » ſeront tenus de la maniere ci-deſſus » preſcrite, feront une ſemi-preuve en » jugement contre les débiteurs, pendant » le cours de trois ans, à commencer » dès la date des parties reſpectivement » annotées dans leſdits livres; mais ils » ne feront aucune foi, lorſqu'ils ſeront » différemment tenus. »

N. 10. « Après les trois ans, les livres » ſuſdits ne feront aucune preuve, & le » marchand devra prouver ſa créance » par d'autres voies, à moins que les » parties, qui ſont couchées dans leſdits » livres, ne ſoient ſignés par les débiteurs, ou qu'ils n'aient été judiciairement interpellés. »

que la même chose devroit avoir lieu en France ; que tel est le sentiment de Coquille, sur le chapitre 29 de la Coutume de Nivernois, & celui de Boiceau sur cet art. 54 de l'ordonnance de Moulins, tel qu'il vient d'être rapporté dans ce chapitre ; ce qui a même été jugé, dit-il, par un arrêt du 14 Mars 1600, rapporté par Bouvot, titre 2, quest. 1. Il confirme cette opinion par le sentiment d'Irson, en sa Méthode de tenir des livres de raison, question 4, chap. 9, & dit que c'est dans ce dessein que le roi veut que les livres des marchands soient écrits sur du papier timbré ; il passe enfin jusqu'à dire que ces livres font tellement foi contre tout le monde, que même ils font foi contre le roi, comme il paroît, dit-il, par les lettres-patentes de Henri II, du mois de Novembre 1550, qui portent que pour éviter les droits d'aubaine par les marchands fréquentans les foires de Lyon pour les marchandises qui ne sont pas encore arrivées, leurs lettres missives & leurs papiers journaux seront crus. Il conclut, en disant que si l'on n'ajoûtoit point foi aux livres des marchands, ils ne prêteroient plus à personne ; ce qui ruineroit le commerce, comme soutiennent Scaccia, liv. 2, *de Judic. cauſ. civil. cap.* 11, & Mascardus, liv. 1, chap 9. Everhard, *loco citato*, après avoir prouvé que les livres des argentiers, à Rome, faisoient foi, parce qu'ils avoient prêté serment de garder la fidélité dans leurs registres, dit aussi, nomb. 99, que les docteurs ont décidé que cela doit être étendu aux marchands jurés, parce qu'ils n'ont point d'autre sûreté que leurs livres, & que la preuve par témoins est suspecte ; & sur l'objection qu'il se fait, que même un notaire ne pourroit pas écrire à son profit une obligation contre un autre en son absence, il répond que la différence est toute entiere, en ce qu'un notaire *deputatus eſt ut aliena negotia ſcribat*, il ne fait foi que quand il écrit pour les autres ; au lieu que l'argentier écrivoit sur son livre, tant pour lui que pour le débiteur.

51. Il est aisé de répondre à toutes ces autorités en peu de mots ; & il est constant qu'elles n'ont aucune application à nos marchands François. Balde, Jason, Alexandre Stracha, Scaccia & Mascardus n'ont entendu parler que des marchands d'Italie, sur-tout de ceux de Rome, de

Veniſe, de Florence, & de ceux d'Allemagne : notre uſage & nos mœurs ſont notoirement contraires ; & il eſt même à remarquer que les bulles des papes ont reſtreint la foi de ces livres à une ſomme fixe ; & ces bulles étant publiques, tout le monde eſt obligé d'en ſuivre les diſpoſitions : ainſi ceux qui achetent des marchands à crédit, en ces lieux-là, & qui les ont payés enſuite, ſans en tirer quittance, doivent s'imputer s'ils n'ont pas fait rayer cette partie, ou tiré quittance du marchand, la préſomption étant pour le marchand, à concurrence de ces ſommes fixées, quand la partie ne ſe trouve pas rayée ſur ſon livre. Quant à M. Guy Coquille, il n'a parlé de cette queſtion que conformément à la Coutume de Nivernois, qui eſt toute ſinguliere. A l'égard du ſentiment de Boiceau, il eſt juſte, en le prenant avec les reſtrictions qu'il y ajoûte, pourvu qu'elles ſoient bien entendues, ainſi qu'il a été dit ſur la fin de ce chapitre. L'arrêt de Bouvot eſt un arrêt ſolitaire du parlement de Bourgogne, & ce n'eſt pas un arrêt de réglement : d'ailleurs ſi l'ordonnance de 1673 a voulu que ces livres fuſſent écrits ſur du papier timbré, & paraphés [*], ce n'eſt que parce qu'il eſt de l'intérêt du commerce qu'ils ſoient fideles entre marchands, entre leſquels ſeuls ils font foi. Enfin le privilége que le roi Henri II a accordé, en 1550, aux marchands fréquentans les foires de Lyon, confirme la régle, & n'a lieu que dans ce ſeul cas. Bien loin, au reſte, que ce ſoit ruiner le commerce, en défendant d'ajoûter foi à ces livres, au contraire, c'eſt donner aux marchands mêmes le moyen de le ſoutenir, en les obligeant à prendre leurs ſûretés, quand ils ſont réduits à faire crédit, ſur-tout quand la ſomme excede cent livres ; & l'expérience juſtifie aſſez que ce n'eſt ſouvent que parce qu'ils font trop de crédit, qu'ils ſe ruinent eux-mêmes, & le commerce par conſéquent. Enfin le ſentiment de Scaccia ne peut faire aucune conſéquence, puiſqu'ils ne parle que des marchands d'Italie ; & pour celui de Maſcardus, on pourroit encore y ajoûter ce qu'il dit dans ſon Traité *de Jure mercatorum & commercio ſingulari*, *l.* 3, *cap.* 9, *n.* 16, où il décide, par une autre raiſon, que

[*] Sa diſpoſition ſur ce point eſt tombée en déſuetude à Paris, où aucun négociant ne fait parapher ſes livres : ce que regrette avec raiſon Denifart.

les

les livres des marchands doivent faire foi en leur faveur: *Quià*, dit-il, *qui cum iis contrahunt, ſcire debent mercatores neceſſitate teneri hos libros conficere; nec alias probationes habere quàm per ſcripturam proprii codicis rationum; unde videntur qui negotiantur cum iis mandare ipſis ut data & accepta ſcribant*, c'eſt-à-dire que ceux qui contractent avec un marchand, doivent ſçavoir qu'ils ſont obligés de tenir des livres de raiſon, & qu'ils n'ont point d'autres preuves de ce qu'ils débitent aux particuliers à crédit, que ces livres, & qu'ainſi ceux qui achetent d'eux à crédit, ſont préſumés leur laiſſer le ſoin, & même leur donner charge tacitement de tenir regiſtre des marchandiſes qu'ils leur ont livrées. Mais cette raiſon qui ne forme tout au plus qu'une préſomption en faveur des marchands, n'a nulle ſolidité, & eſt trop dangereuſe dans la conſéquence qu'il en veut tirer; car il n'eſt pas vrai, ſi ce n'eſt entre marchands, que celui qui écrit ſur ſon livre la marchandiſe qu'il dit avoir prêtée, ſoit le mandataire de celui qu'il prétend en être le débiteur; car, par la même raiſon, le débiteur, quand il ſoutient avoir payé cette partie, ſeroit cenſé avoir donné charge à ce marchand, quand il l'a payé, de rayer cette partie ſur ſon livre, & ainſi en devroit être cru à ſon ſerment. Tout ce qu'on peut donc dire en faveur de la facilité du commerce, eſt que cette préſomption, en faveur du livre des marchands, peut avoir lieu parmi nous, juſqu'à la ſomme de cent livres; mais y ayant une loi dans le royaume qui rejette la preuve par témoins au-deſſus de cette ſomme, il s'enſuit que c'eſt au marchand créancier à prendre ſa ſûreté par écrit, ſinon la préſomption eſt pour le débiteur, qui eſt préſumé avoir payé: du moins le marchand, qui a ſuivi abſolument ſa foi, doit s'en rapporter à ſon ſerment, s'il n'y a des préſomptions évidentes de fraude de la part du prétendu débiteur, fondées ſur un commencement de preuve par écrit. Quant à ce que dit Everhard, l'opinion de ceux qui ont comparé nos marchands jurés aux argentiers des Romains, a été ci-deſſus réfutée: ainſi tout ſon raiſonnement ne ſe peut ſoutenir; & réguliérement ni le notaire, ni le marchand, ni quelque autre perſonne que ce ſoit, ne peuvent ſe faire

un titre à eux-mêmes ſans la participation & le conſentement du débiteur.

52. Il y a néanmoins une exception à la maxime ci-deſſus établie ; ſçavoir, quand le débiteur, quoiqu'il ne ſoit point marchand, ſe ſert & prend avantage de quelque article de ces livres, dont il prétend inférer qu'il ne doit rien ; car, en ce cas, il ne peut en diviſer la foi, & il doit s'y rapporter entiérement, parce que, ſuivant le ſentiment des docteurs, *in conjunctis capitulis, qui unum adprobat, aliud reprobare nequit*, ainſi que ſemble l'inſinuer l'article dernier du tit. 3 de l'ordonnance de 1673, par ces mots : *Au cas néanmoins qu'un négociant, ou un marchand, ſe ſerve de ſes livres journaux & regiſtres, ou que la partie offrît d'y ajouter foi, la repréſentation pourra être ordonnée pour en extraire ce qui concernera le différend ;* car ce mot, *la partie*, ne peut s'entendre que d'une perſonne qui n'eſt point marchand, & du cas auquel cette repréſentation des livres du marchand eſt demandée par le débiteur ; & afin de ne point violer en quelque ſorte le ſecret de ces livres, la cour a coutume d'ordonner qu'ils ſeront remis ès mains de quelque notable marchand, pour en extraire ce qui concerne la conteſtation, ainſi qu'il fut jugé par arrêt du 2 Juin 1545, rapporté par Papon, liv. 9 de ſes Arrêts, chap. 7, nomb. 4. J'ajoûte que la diſpoſition de cette ordonnance ſert encore à confirmer la maxime générale, que ces livres ne font point foi contre un tiers qui n'eſt point marchand, s'il n'offre de s'y rapporter, comme il a déja été obſervé ; & même s'il en demande la communication, il eſt cenſé s'y rapporter, parce qu'il n'y a que dans ce ſeul cas que l'ordonnance lui permet de demander la communication de ces livres [*] qui ne ſont point

[*] Selon M. Bornier, Conſér. des Ord. ſur l'art. 10 du tit. 3 de l'ordonnance de 1673, les livres des marchands ſont publics : la repréſentation, outre le cas porté à l'art. 10, peut en être ordonnée, lorſque celui qui la demande, s'en veut ſervir pour établir ſa défenſe & ſes exceptions ; comme s'il dit qu'il a payé, & que pour en juſtifier, il requiere que les livres du demandeur ſoient repréſentés : en ce cas, ſi le demandeur refuſe de le faire, le juge doit déférer le ſerment au défendeur, parce que, par ce refus, il eſt réputé demandeur, ou bien accorder ſes lettres pour le faire compulſer.

La repréſentation, ſelon le même auteur, peut auſſi être ordonnée pour ſervir à un tiers, comme ſi c'eſt pour juſtifier d'un payement fait par l'entremiſe d'un banquier, d'un marchand.

L'uſage de faire repréſenter les livres

publics, & qu'il n'eſt pas permis de compulſer ni de voir, malgré ceux à qui ils appartiennent. Il faut ajoûter à ce qui vient d'être dit (qu'on ne peut diviſer la foi qui réſulte des différens articles qu'un marchand a écrits ſur ſes livres, touchant une même affaire) que cette maxime a lieu, ſur-tout entre marchands & aſſociés, ce qui s'entend quand ils ſont gens de probité connue, & qu'il n'y a point d'ailleurs de préſomption de fraude; car en ce cas le marchand qui ſoutient qu'on ne peut diviſer la foi de ſon livre ſur lequel l'emprunt qu'il a fait d'un autre marchand, ſe trouve écrit, & enſuite le payement qu'il prétend lui en avoir fait, eſt recevable à demander à faire la preuve par témoins du payement, s'il eſt dénié. Charondas, Reſponſ. liv. 11, chap. 5, en rapporte un arrêt du mois de Février 1599, qui confirma la ſentence du prévôt de Paris, qui avoit reçu le marchand prétendu débiteur, à vérifier par témoins qu'il avoit payé la ſomme qu'on lui demandoit, en vertu du livre du marchand créancier, ſur lequel il étoit fait mention de l'emprunt, & enſuite du payement. La raiſon de ce marchand débiteur étoit que, *connexorum eadem eſt natura*, *l. Etiam*, § 1, *ff. de Minoribus*, *l.* 1, *C. de diverſ. Reſcriptis*, *gloſ. in l. Publia*, §. *ult. D. Depoſiti*; Ce qui eſt conforme au ſentiment des docteurs, *ad l. quædam*, *& l. Argentarius*, *ff. de Edendo*, *& l. Admonendi*, outre qu'entre marchands on agit de bonne foi: l'ordonnance de Moulins ne s'y obſerve pas à la rigueur. De plus, y ayant, en ce cas, un commencement de preuve par écrit, elle ne défend pas la preuve qui réſulte des écritures privées, telle qu'étoit celle de ce livre qui juſtifioit qu'il avoit payé la ſomme qui lui étoit demandée.

53. Il faut ajoûter à tout ce qui vient d'être dit les conditions, qui ſont requiſes par les docteurs, dans les livres des marchands, pour qu'on puiſſe les regarder comme faiſant une preuve par écrit contre le débiteur qui n'eſt point marchand; ce qui doit s'entendre du *livre de raiſon* ſeulement, & non des autres livres des marchands; & il ſemble qu'il ſeroit aſſez naturel de requerir auſſi, parmi nous,

des marchands, continue-t-il, pour juſtifier de la vérité de la créance, a même été étendu juſqu'au cas où elle a pour titre une reconnoiſſance paſſée par-devant notaires. Un arrêt du 22 Juillet 1689 l'a ainſi jugé.

les mêmes conditions, quand il s'agit de ſçavoir s'ils doivent faire foi entre marchands. Maſcardus, *de Jure merc. & Com. l.* 3, *cap.* 9, ci-deſſus cité, en rapporte juſqu'au nombre de douze, dont les principales ſont, que le marchand qui les produit ſoit de bonne réputation; ce qui exclut ceux qui ont fait banqueroute, leſquels, dit-il, ſont regardés comme s'ils étoient morts civilement: d'où on pourroit inférer, ce ſemble, que le livre de celui qui eſt mal dans ſes affaires, mérite moins de foi que ceux des autres qui ſont en réputation d'être riches; ce qui n'eſt pourtant pas toujours véritable, parce que la pauvreté peut être la marque d'une grande probité. Il faut encore, dit il, que les livres ſoient écrits de la propre main du marchand, ou de ſon commis; que ſes dettes actives & paſſives y ſoient énoncées; que la cauſe du prêt y ſoit marquée avec la date; qu'elle ſoit vraiſemblable par rapport à la qualité du débiteur; qu'il n'y ait point de rature dans ce livre; qu'il ne ſoit point écrit de différentes mains; qu'il ne ſe trouve point faux en aucun de ſes articles, & qu'il ſoit dans la forme ordinaire, requiſe ſuivant la Coutume & les Ordonnances du lieu où le marchand fait ſon commerce. Si tout cela ſe rencontre, dit-il, ou du moins une bonne partie, & que ce marchand ſoit prêt d'affirmer qu'ils contiennent vérité, on a coutume d'y ajoûter foi, du moins en Italie; ce qui dépend pourtant encore de l'arbitrage du juge, ajoûte-t-il enſuite: *Tamen arbitrium & diſcretio judicis accedere debet, cui quandò & quatenùs hiſce credendum ſit, æſtimandum committitur.*

54. Or, comme il ne s'agit pas d'ajoûter foi à ces livres abſolument, ce qui n'a point lieu parmi nous, ſi ce n'eſt entre marchands, mais ſeulement de ſçavoir ſi entr'eux ils font un commencement de preuve par écrit, ſur lequel on doit accorder la preuve par témoins de ce qui eſt contenu dans ce livre, il ne faut pas que le juge, à la prudence duquel la loi ſe rapporte en cette rencontre, exige dans ces livres toutes ces conditions enſemble; il ſuffit ſeulement qu'il ne lui paroiſſe rien de ſuſpect, ſoit de la part de la réputation du marchand, ou de la qualité du livre, ou de celle de la livraiſon qu'il s'agit de prouver. Que ſi l'on prétend que la dette ne ſe trouvant point rayée ſur

le livre, c'eſt une preuve qu'elle eſt encore dûe, le débiteur a droit de ſoutenir que cela ne ſuffit pas, parce que ſi cela avoit lieu, ce ſeroit ajoûter foi entiérement à ces livres; ce qui ne doit pas être permis, comme il a été ci-deſſus prouvé, puiſque ces livres ne font pas même une demi-preuve ſéparément par eux-mêmes, à l'égard d'un tiers, comme décide Me Charles Dumoulin.

55. Au reſte, il eſt certain que ces livres font foi entre marchands, ſi toutes les conditions requiſes par l'ordonnance de 1673 y ſont obſervées [*]; à plus forte raiſon, ſi toutes celles dont parle Maſcardus, s'y rencontrent; ce qui a lieu notamment entre marchands qui font commerce enſemble de la même marchandiſe, comme ceux qui la vendent en gros, & ceux qui la revendent en détail: tels ſont un marchand de drap, & un tailleur, ou ſi l'un prépare la marchandiſe, & que l'autre la vende, après qu'elle eſt préparée, comme un imprimeur & un libraire. La raiſon eſt qu'il y a une eſpece de ſociété tacite entr'eux, qui fait préſumer qu'ils ſe font ſouvent crédit les uns aux autres; & ainſi leurs livres font foi quand ils ſont en bonne forme: ils doivent même en avoir l'un & l'autre; car, ſi le créancier en a, & que le débiteur n'en ait point, il eſt réputé être en faute; & en ce cas, on ajoûte foi, contre lui, au livre que le créancier rapporte, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du mois de Décembre 1659, rapporté dans le Journal des Audiences, liv. 2, chap. 46, tit. 20.

56. A l'égard des marchands aſſociés par une convention expreſſe, leurs livres font auſſi foi entr'eux: l'ordonnance de 1673 en a réglé la forme, tit. 4, & leur contrat de ſociété doit être regiſtré au greffe de la juriſdiction conſulaire, ſuivant l'article 2 de ce titre; ainſi la preuve par témoins ne doit point être reçue entr'eux de tout ce qui ne ſe trouve pas écrit ſur leurs livres de ſocieté, quand il s'agit de plus de cent livres.

57. Dans tous les autres cas où il n'eſt point queſtion de livraiſon de marchandiſes, mais d'une ſimple convention entre marchands, pour quelqu'autre affaire que ce

[*] Il a été jugé, par arrêt du 3 Décembre 1659, rapporté au Journal des Audiences, que le livre d'un marchand étoit ſuffiſant pour juſtifier ſa demande contre un autre marchand, au ſujet d'une livraiſon par lui fournie.

ſoit, il eſt manifeſte que l'ordonnance de Moulins, & celle de 1667, y doivent avoir lieu; & il a même été jugé que le fait d'un cautionnement verbal entre deux marchands, ne ſe pouvoit prouver par témoins: l'arrêt en eſt rapporté par Bardet, liv. 1, chapitre 48, en date du 29 Novembre 1618, lequel infirma une ſentence des conſuls qui en avoit admis la preuve; & Brodeau, ſur l'article 126 de la Coutume de Paris, en rapporte un autre de la grand-chambre, du 9 Mars 1593, par lequel il fut jugé que le fait d'un compté arrêté, & d'une promeſſe verbale de payer par un particulier à un marchand, n'étoit pas auſſi recevable par témoins: la raiſon eſt que les ordonnances de Moulins, & de 1667, n'ayant été faites que pour le bien public, elles ne doivent pas être rétorquées au déſavantage des marchands, & qu'il eſt de leur intérêt commun, que plus il y a de bonne foi dans le commerce, moins ils ſoient expoſés à la foi de deux témoins qui pourroient être ſubornés, ſi cette preuve étoit reçue contre eux [*].

58. A l'égard de ce qui s'obſerve dans les pays étrangers, touchant la foi qu'on doit ajoûter aux livres des marchands, Anſelmo, ſur l'article 19 de l'édit perpétuel, §. 21, obſerve que la diſpoſition de cet édit, qui défend la preuve par témoins, n'a point lieu à Anvers, entre marchands, dans les contrats qu'ils font entr'eux: *In contractibus, qui ad negotiationem ſeu mercaturam ſpectant, & qui in bursâ, ſeu mercatorum conventu celebrantur*, ſuivant une déclaration particuliere du roi d'Eſpagne, qu'il rapporte. Il ajoûte que cette déclaration eſt une diſpoſition locale, qui n'a lieu qu'en faveur des marchands d'Anvers, & qu'en effet les marchands de la ville de Gand ayant demandé pour eux une pareille déclaration qui les exceptât de la prohibition de l'article 19 de l'edit perpétuel, elle leur fut refuſée par un placard de 9 Novembre 1635; ce qui avoit été auſſi refuſé aux marchands de Malines, par un autre placard du 18 Novembre 1627: la raiſon qu'en rend Anſelmo, eſt que, de ſon tems, tout le commerce ſe faiſant preſque dans la ville d'Anvers, & l'aſſemblée des marchands dans le lieu appellé *la Bourſe*, ne durant pas plus

[*] L'art. 2 de l'ordonnance du commerce veut auſſi que les Lettres de change ſoient acceptées par écrit, & non verbalement; ainſi la preuve par témoins ne peut être admiſe de cette acceptation.

d'une heure, pendant laquelle il ſe faiſoit une infinité de contrats concernant le change, comme des compenſations, des novations, des delégations & des payemens, il étoit impoſſible que, dans un eſpace de tems ſi court, on eût pu rédiger tant de conventions par écrit, ſans préjudicier au commerce de cette ville, qui faiſoit alors toute la richeſſe des Pays bas; au lieu qu'a Gand & à Malines, les marchands avoient tout loiſir de rédiger leurs conventions par écrit.

Le même Anſelmo, ſur l'article 21 de l'édit perpétuel, §. 4, dit que ſuivant l'uſage de la Flandre, les livres d'un particulier marchand ne font point une pleine preuve contre le débiteur qui en diſconvient, mais qu'ils font pourtant une demi-preuve, ainſi qu'il fut atteſté par un acte de notoriété, du 6 Août 1630, donné par les plus habiles praticiens de la ville d'Anvers. Il remarque enſuite que, par l'article 139 de la Coutume de Bruxelles, il eſt porté que les livres des marchands font foi à l'égard de leurs dettes paſſives, & non pas à l'égard de leurs dettes actives. §. 5, il ajoûte que ſi le débiteur reconnoît la vérité de la dette dont eſt fait mention ſur le regiſtre du marchand, & qu'il ne s'agiſſe que du plus ou du moins pour le prix, en ce cas, les livres du marchand font foi, pourvu qu'il ne s'agiſſe pas d'une grande ſomme; car alors ces livres ne font plus foi. Ainſi, dit-il, dans l'Etat du pape, Paul III a ordonné qu'ils ne feroient foi que juſqu'à vingt ducats; ce que la bulle de Pie IV a augmenté juſqu'à trente ducats; ce qui n'a lieu, dit Anſelmo, §. 6, que quand il s'agit de livraiſon de marchandiſe; car s'il s'agit d'autre choſe, & qu'un marchand, par exemple, ait écrit ſur ſon livre que la maiſon d'un autre lui appartient, cette énonciation n'eſt d'aucune conſidération; non plus, continue-t-il, §. 7, que lorſqu'il s'agit de marchandiſe, & que les livres ne font point mention de la cauſe de la dette, c'eſt-à-dire de la qualité de la marchandiſe, §. 8. Il obſerve que *le papier brouillard*, ou *le journal* des marchands ne fait point de foi, même contre le marchand qui l'a écrit, parce que ce livre eſt écrit négligemment, à la hâte, & ſeulement pour ne pas perdre la mémoire des affaires qu'ils font à toute heure, ſi ce n'eſt, dit-il, que ce que le marchand a livré y ſoit énoncé, & ce qu'il a reçu en échange.

Un Statut de Crême 537, p. 62; Cremone, 223, n. 65.

§. 9, il dit que le livre du marchand, appellé *bilancium*, fait foi, & peut ſervir au marchand à rendre ſes comptes, quand il n'eſt pas en état de rapporter ſes livres. §. 10, il parle des Lettres qu'écrivent les marchands les uns aux autres à leurs correſpondans, auxquelles on ajoûte foi comme aux actes publics dans les lieux où il y a un grand commerce, ce qu'il explique plus au long, §. 11 & 12.

Il faut joindre à ce que dit Anſelmo, de la Flandre & des Pays-bas, touchant les livres des marchands, ce que dit Antonius Matthæus, en ſon livre *de Probationibus*, imprimé en 1678, à Leyde, touchant ce qui ſe pratique dans les Etats des Provinces-Unies. Dans le chap. 4, nomb. 68, il obſerve qu'en ce pays on ajoûte foi aux livres des marchands, tant en leur faveur, que contre eux, pourvu que cinq choſes concourent enſemble : *Si viri ſint probi & quorum integra exiſtimatio. Si accepta & expenſa, nominatim expreſſa, diſertè etiam adjecto, cui, ex quâ causâ, quid & quantùm & quando, id eſt, quo anno & die; ſi non quæſtio de re, de quâ vulgò ſit inſtrumentum aut de maximâ ſummâ; ſi non quæſtio de re non pertinente ad mercaturam; & ſi libros aut morte aut jurejurando confirment.* De ces derniers mots, il conclut que, quand le marchand créancier eſt décédé, ſes livres font foi, ſi les conditions, qui ſont auparavant expliquées, s'y rencontrent. Il ajoûte que ces livres font toujours foi contre le marchand qui les a écrit : *Contrà ipſos ſemper probant, ſed pro ipſis non aliter, quàm ſi quinque hæc concurrant;* leurs livres ne font auſſi aucune foi, quand il ne s'agit point de marchandiſe : de même qu'on n'ajoûtoit point de foi au livre des argentiers à Rome, *Si contineret quid diverſum ab ejus officio;* quoique, pour ce qui concernoit leur commerce ordinaire, leurs livres fiſſent pleine foi alors, ſoit en leur faveur, ſoit contre eux, ſoit contre un tiers indiſtinctement, c'eſt-à-dire contre celui qui, étant préſent, avoit fait quelque affaire avec eux; car, à l'égard d'un abſent, les livres des argentiers ne faiſoient point foi; ce qui avoit été introduit ainſi, dit-il, nomb. 72, parce que leur fonction étoit publique. De plus, dit-il, nomb. 73, les livres des marchands font foi entre aſſociés; & le livre de l'un d'eux eſt cru, pourvu qu'il ſoit écrit par l'aſſocié; car s'il eſt écrit de la main d'un autre, il ne fait point foi. Même, dit-il, le livre d'un ſeul

aſſocié

associé fait preuve seulement contre lui seul, & non pas pour lui, quoiqu'un autre des associés lui ait donné pouvoir d'écrire sur son livre ce qui s'y trouve écrit, quand un autre des associés n'y a pas consenti: ainsi, dit-il, pour que le livre d'un seul associé fasse foi entre les associés, il faut que tous les associés aient consenti que celui qui l'a écrit tienne le livre de la société, & qu'ils l'aient établi pour agent de leur société, *quasi institor*, suivant le sentiment d'Alexandre, *cons.* 186, *n.* 2; & de Ménochius 2, *arbitr.* 2, *cas.* 92, *n.* 2. De plus, il faut encore que ce livre contienne *data & accepta*, & que ce qui y est énoncé soit vraisemblable.

A l'égard de la question de sçavoir si lors, par exemple, que Titius, marchand, a écrit sur son livre qu'il a emprunté trois cens écus de Caïus, & que, sur une autre page il a écrit qu'il lui en a rendu cent cinquante, il faut ajoûter foi à ce livre, indistinctement pour les deux articles, sans les diviser, il renvoie à Ménochius 2, *arbitr.* 1, *cas.* 53, qui dit qu'elle dépend des circonstances & de la prudence du juge.

Sed libri mercatorum, si accedat jusjurandum pro iis, plenè etiam probant; si non accedat, semiplenè; imò etsi non accedat, plenè adhuc, tamen probant, si unius tantum testis depositio concurrat: plena enim probatio est ubi duæ sunt semiplenæ, l. 5, C. de Probat. l. Qui sententiam 19, C. de Pœnit. cap. 1, &c.

Et, n. 81, après avoir dit que la faveur du commerce est la cause pour laquelle on ajoûte tant de foi aux livres des marchands qui ont coutume de livrer leurs marchandises à crédit, sans tirer de promesses, il conclut que leurs livres font foi, s'ils affirment que ce qui est écrit leur est légitimement dû; qu'autrement ils ne font qu'une demi-preuve, si ce n'est qu'on n'y ajoûte la déposition d'un témoin, laquelle étant aussi une demi-preuve, il résulte une preuve entiere de ces deux demi-preuves.

59. Le Statut de Milan, *cap.* 96, est particulier à l'égard des marchands; il suffira de le rapporter tel qu'il est: *Omnes scripturæ factæ vel subscriptæ per campsores, vel mercatores Mediolani, vel alios quoscunque in debitis suis, & omnia scripta data, vel subscripta manibus eorum alicui suo creditori valeant & teneant, & eis fides adhibeatur cum causâ & sinè causâ, etsi dicantur esse factæ, vel subscriptæ in absentiâ partis, quantùm est in præjudicium eorum scribentium, vel subscribentium & judices, & consules justitiæ, Mediolani negotiatorum, possint & teneantur eos summariè compellere ad solutionem faciendam sinè datione libelli & strepitu & figura judicii.*

Quo fit ut tunc eo casu adhibeatur fides, si sint confecti Mediolani & in ejus ducatu, & non alibi ut notat Baldus, &c.

Qui tunc confecti Mediolani faciunt fidem etiamsi alibi producantur: sive in judicio sæculari, sive ecclesiastico.

Carpanus sur ces mots, *Et eis fides adhibeatur, & cum causâ & sinè causâ*, observe que cette disposition étant absolument opposée au droit commun, suivant lequel personne ne se peut faire un titre à soi-même, ce statut n'a lieu qu'à l'égard des livres des marchands qui sont faits à Milan, ou dans l'étendue du duché, & non pas ailleurs; & en ce cas ils font foi, même devant tous les autres juges que ceux du Milanez, soit séculiers, soit ecclésiastiques.

60. Pour ce qui est des apothicaires, chirurgiens & médecins, la nécessité où ils sont d'avancer leurs médicamens, & de prendre soin des malades quand ils ont recours à eux, leur ont fait accorder des priviléges particuliers. Louet & Brodeau, lettre C, som. 29, en parlent assez au long; & je n'ajoûterai rien à ce que Brodeau dit sur ce sujet, touchant la preuve par témoins, en laquelle ils sont très favorables [*].

61. Mais, à l'occasion de ce que Boiceau dit des marchands, & des apothicaires, chirurgiens & médecins, auxquels les Coutumes prescrivent un certain tems pour intenter leurs actions, il faut tenir pour maxime générale que les serviteurs, & autres compris dans ces dispositions, sont déclarés non-recevables après le tems, s'il n'y a preuve par écrit de ce qu'ils prétendent leur être dû. Ainsi un serviteur doit rapporter un compte par écrit, ou une sommation faite à son maître de le payer, avec assignation pour s'y voir condamner, donnée avant le tems de la prescription, échu suivant l'ordonnance de 1512, art. 67; & Guénois, sur Imbert, liv. 1, chap. 35, observe que l'ordonnance de Moulins a lieu à leur égard: néanmoins elle n'est pas observée à la rigueur dans le pays de droit écrit, où l'on admet la preuve par témoins en leur faveur, même après le tems de la prescription échu, comme a remarqué Automne; & Maynard, seconde partie, liv. 2, chap. 87, demeure d'accord que, quoique l'ordonnance de 1512 ait été vérifiée à Toulouse, néanmoins il suffit d'alléguer que l'on a fait des diligences pour se faire payer, même à l'égard des marchands qui commettent des personnes

[*] Il s'agit en cela d'un fait & non d'une convention; & quand le fait qu'ils ont traité tel malade, est prouvé, ou n'est pas dénié, on s'en rapporte à leur Mémoire, en affirmant par eux qu'il est sincere & véritable.

qu'ils appellent *exacteurs & leveurs de dettes*, pour faire le recouvrement de ce qui leur eſt dû; & il rapporte un arrêt qui confirma une ſentence qui avoit adjugé huit années de gages à des ſervantes qui n'en avoient point de preuve par écrit, & qui avoient intenté leur action dans l'année qu'elles avoient quitté le ſervice de leur maîtreſſe.

62. Il ne reſte plus à examiner que la ſeconde queſtion traitée dans ce chapitre, au ſujet de la preuve qu'on peut tirer de ce qu'une perſonne a écrit ſur ſon journal, ſur ſes tablettes, ou autre papier domeſtique; & avant d'y entrer, Boiceau remarque en paſſant les différentes matieres dont on s'eſt ſervi autrefois pour écrire; ce qui m'a engagé d'en parler un peu plus au long.

63. L'excellent auteur du Traité *de Re diplomatica*, *cap.* 8, remarque que l'on s'eſt ſervi d'abord des pierres, des tuiles, des feuilles d'arbres, & même de celles de fleurs, de l'écorce intérieure des arbres, dont eſt dérivé le mot *libri*, de tablettes de bois, d'ivoire, ou enduite de cire, de lames de plomb, du parchemin, du papier d'Egypte, & enfin de notre papier ordinaire. En un mot, *omnis materia, quæ picturæ ac cælaturæ eſt apta, verſa eſt ad ſcripturam*, dit *Hermanus Hugo de primâ ſcribendi Origine*; car on s'eſt ſervi même du bois, des métaux & des pierres précieuſes.

64. Le parchemin, *membrana, ex ovinâ pelle*, a été trouvé avant le papier d'Egypte : or ce papier ſe faiſoit avec une herbe qui croiſſoit dans le Nil [*]. L'auteur cideſſus cité, *de Re dipl.* prétend qu'on s'eſt ſervi de ce papier juſqu'au douzieme ſiécle, & qu'il ſe trouve encore pluſieurs anciennes patentes de nos rois qui y ſont écrites.

65. On ne ſçait pas, dit-il, préciſément quand l'uſage du papier, dont nous nous ſervons à préſent, s'eſt introduit; mais on ſçait qu'il n'y a pas plus de cinq cens ans : il obſerve que les anciennes lettres-patentes de nos rois ſont écrites ſur des chartes faites de coton.

66. Quant au papier d'Egypte, Pline, liv. 13 de ſon Hiſtoire naturelle, chapitre 11, dit, ſur le témoignage de

[*] *Papyrus*, ſelon Pline, l. 13, ch. 11, eſt une plante qui pouſſe quantité de tiges triangulaires, hautes de ſix ou ſept coudées. De l'écorce de cette plante, autrement appellée *byblus*, on faiſoit des feuilles propres à écrire.

Varron, que l'uſage en fut découvert du tems ſeulement qu'Alexandre le Grand vainquit l'Egypte; mais Guillandinus, dans ſon Traité *de Papyro*, & pluſieurs autres auteurs ſoutiennent unanimement que l'uſage en eſt beaucoup plus ancien; & le même Pline, liv. 13, ch. 16, dit que les livres de Numa ayant été trouvés par Gnéus Térentius, (ou Lucius Pætilius, ſuivant Tite-Live,) greffier du ſénat, en remuant la terre près le Janicule à Rome, ils ſe trouverent écrits ſur des chartes du papier d'Egypte, qui s'étoient conſervées entieres depuis plus de cinq cens ans; ce qui n'eſt pas conforme à l'opinion de Varron. Le même Pline, au même endroit, après avoir dit qu'on écrivit d'abord ſur des feuilles de palmier, obſerve que l'on ſe ſervoit de deux ſortes de tablettes, les unes de papier, ſous lequel on colloit du linge pour l'empêcher de boire, ou de celles qui étoient enduites de cire. A l'égard du parchemin, dont l'invention eſt dûe à ceux de la ville de Pergame, à ce qu'on prétend, l'uſage, qui en étoit ceſſé depuis l'invention du papier d'Egypte, appellé *charte*, fut établi par Eumene, après qu'un des Ptolomées, roi d'Egypte, ennemi de la gloire de ſes ancêtres, eut ruiné toutes les librairies, les bibliotheques, & toutes les chartes qui ſe faiſoient en ce pays-là; & depuis on s'aviſa de faire du parchemin de différentes couleurs, comme a remarqué Guy Pancirole, *l. Variar. lect.* 1, *chap.* 28. *Primùm enim lutei, ſeu crocei coloris Iſidorus factas ſcribit, ſed cùm aciem oculorum læderent, Romæ candidas repertas; dein purpureas, in quibus, aurum & argentum liqueſcens, pateſcit in litteras.*

67. Il eſt pourtant plus juſte de croire Joſephe, qui fait remonter l'origine du parchemin encore plus loin, quand il dit, liv. 12 de ſes Antiquités, que la verſion des livres ſacrés par les ſeptante interpretes, fut écrite ſur des peaux de parchemin; & Hérodote écrit que de ſon tems on ſe ſervoit déja de peaux de chevres & de brebis, pour écrire.

Je ne m'arrêterai point à examiner ici de quelle maniere étoit fait ce papier qui fut trouvé ſous le tems d'Auguſte. Pline & d'Alechamp, qui l'a commenté, & pluſieurs auteurs en ont parlé.

68. Il ſuffit de remarquer avec Carden, liv. 17, *de Subtilitate*, que les tablettes de cire ſervoient d'ordinaire à écrire des lettres. Les loix & autres écritures publiques qui devoient être éternelles, ſe gravoient ſur du cuivre, ou autres métaux, ou ſur l'ivoire. Auſſi Vopiſcus, *in Tacito*, dit que l'empereur Tacite fut élu empereur par un ſénatuſconſulte écrit ſur une tablette d'ivoire : *Nam diù hæc ſenatuſconſulta quæ ad principes pertinebant, in libris elephantinis ſcribebantur.* Les tablettes de bois ſervoient quelquefois à écrire des livres, puiſque, ſelon Galien, les livres d'Hippocrate s'y trouverent écrits.

69. On ſe ſervoit auſſi de ces tablettes de bois où on voit gravé la figure des lettres de l'alphabet, pour apprendre aux jeunes gens à écrire : *Cùm verè jam ductus ſequi cœperit, non inutile erit, eas (litteras) tabellæ quàm primùm inculpi, ut per illos velut ſulcos ducatur ſtylus. Nàm neque errabit quemadmodum in ceris. Continebitur enim utrinquè marginibus, neque extrà præſcriptum poterit egredi & celeriùs ac ſæpiùs ſequendo certa veſtigia, firmabit articulos neque egebit adjutorio manus, ſuâ manu ſuperimpoſitâ regentis.*

70. Pour ce qui eſt des tablettes de cire appellées *cereos*, Hermanus Hugo, en l'endroit ci-deſſus cité, en parle en ces termes : *Ceri à cerâ cruſtâ dicebantur, quintuplices, à numero foliorum dicti, materiâ viliſſimi, ſed officio ſummi : quando illis ſolis à ſenatu ſcribebatur ad imperatores qui, qualeſve eis honores decreti pro triumphis.* Ces tablettes s'effaçoient en mouillant le doigt de ſa ſalive, & le paſſant ſur ce qu'on y avoit écrit.

71. Mais pour revenir à ce que diſent ſur ce ſujet les loix & les juriſconſultes ; Paulus, *lib.* 3, *Sentent. tit.* 6, parle de preſque toutes ces choſes, *libris legatis, chartæ, volumina, membranæ, & phyliræ continentur. Codices quoque debentur, librorum enim appellatione non volumina chartarum, ſed ſcripturæ modus qui certo fine concluditur, æſtimatur.* *Vide* loi 52, *de Legat.* 3, & 76, *ibid.*

Ce mot, *phylira* vient du grec ; c'eſt l'écorce intérieure du tilleul.

Ductilis autem erat phyliræ liber, adeò ut ex eâ coronæ nectèrentur.

Volumen dicitur, quia veteres, librum in cylindri modum complicare ſolebant, dit M. Cujas ſur cette loi. *Horatius, Carminum, l.* 1.

Plin. l. 10. Il faut auſſi remarquer que les anciens n'écrivoient que ſur la premiere page ; c'eſt pourquoi on appelloit les tablettes, *Adverſaria, quia adverſâ parte ſcribebantur ;* & pour écrire, on ſe ſervoit d'un ſtyle qui, ſuivant le témoignage de S. Auguſtin, rapporté par Pancirole, *l.* 1, *variar. Lect. cap.* 28, d'un bout étoit taillé en pointe pour écrire, & l'autre étoit large pour effacer ce qu'on avoit écrit.

Je n'expliquerai point ici ce que c'étoit que l'*oſtraciſme* dont parle Boiceau ; chacun ſçait qu'il falloit que le banniſſement qu'on y ordonnoit de quelqu'un, fût prononcé par le ſuffrage de ſix mille de ſes citoyens : on l'envoyoit enſuite dans un certain lieu qui étoit deſtiné à cet exil, où il y avoit un bœuf d'airain, *unde bovem ſervare dicebantur*, comme remarque Sigonius, *de Rep. Ath. l.* 2, *cap.* 4.

72. Quant à la déciſion que donne Boiceau ſur cette ſeconde queſtion des écritures privées, il décide avec raiſon, que, quand elles ſont ſignées par quelqu'un, elles font foi contre lui ; parce qu'on ne préſume pas qu'il ait écrit fortuitement, & ſans deſſein de s'obliger ; mais s'il a écrit ſimplement, & qu'il n'ait point ſigné, cette écriture ne fait qu'une préſomption à laquelle il faut ajoûter la preuve par témoins, qui peut être accordée en ce cas, ſi cette écriture ſe trouve ſuffiſante pour faire un commencement de preuve par écrit ; ce qui ne doit pas être admis legérement, parce que réguliérement cette écriture eſt préſumée écrite ſans réflexion, plutôt que ſérieuſement, s'il n'y a des circonſtances au contraire. M. Cujas, ſur la loi 5, Code *de Probationibus, tit.* 19, ajoûte que cette écriture ne fait point de foi, quand le créancier écrit qu'il lui eſt dû ; mais s'il a écrit qu'il a reçu, quoiqu'il n'ait point ſigné, le débiteur en tirera une preuve certaine pour ſa décharge, ſuivant la loi 5, *de Edendo*, au Code ; & il faut décider la même choſe du débiteur qui a écrit ſur ſon regiſtre, ou journal, qu'il devoit une ſomme à quelqu'un [*].

Vide Dumoulin, *l.* 4, *Codicis, tit.* 1.

Non eſt novum eum à quo petitur pecunia implorare rationes creditoris ut fides veri conſtare poſſit.

[*] Il faut diſtinguer le cas auquel ce que nous avons écrit, tendroit à nous obliger envers quelqu'un, & celui auquel ce que nous avons écrit, tendroit à libérer notre débiteur.

Dans le premier cas : par exemple, ſi j'ai écrit ſur mon journal, ou ſur mes tablettes, que j'ai emprunté 20 piſtoles de Pierre ; ſi cette reconnoiſſance eſt ſignée de moi, elle fait une preuve complette de la dette contre moi, & mes héritiers ; & ſi elle n'eſt pas ſignée, elle ne fait qu'une ſemi-preuve, qui doit être fortifiée de quelqu'indice. La raiſon en eſt que cette note ne paroit faite que pour me rendre compte à moi même,

73. Que ſi une perſonne, dans ſon teſtament, déclare ce qu'il a de bien, ce qu'il doit, ou ce qui lui eſt dû, & qu'il l'affirme, même avec ſerment, cette déclaration ne nuit point aux créanciers, quand il déclare ne leur point devoir, ou leur devoir moins qu'il ne leur doit; mais elle nuit à ſes héritiers, & profite à ſes débiteurs, s'il déclare qu'ils ne lui doivent qu'une ſomme au-deſſous de celle pour laquelle ils ſont obligés. Néanmoins, dit M. Cujas, *ibidem*, toutes ces écritures privées, & mémoires, *inſtrumenta domeſtica, privata teſtatio, ſeu adnotatio*, ne ſont d'aucune conſidération, ſi elles ne ſont ſoutenues de quelque autre preuve.

74. C'eſt ſuivant cette maxime, que Me Charles Dumoulin, tit. des Fiefs, §. 8, nomb. 11, eſtime qu'un dénombrement qui n'eſt pas en forme, & qui n'eſt qu'une écriture privée, ne prouve rien, & ne fait aucun préjudice, ſoit au ſeigneur ou au vaſſal. Il ajoûte que ſi ce dénombrement n'eſt point ſoutenu d'autre preuve, il ne fait pas même une ſimple préſomption; mais, dit-il, ces ſortes d'écritures privées peuvent être vérifiées par d'autres adminicules [*].

& non pour ſervir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait: ce créancier n'ayant pas de billet, la préſomption eſt qu'il me l'a rendu, lorſque je l'ai payé, & que, me trouvant aſſuré par la reſtitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note, & de faire mention du payement que j'avois fait. Mais, lorſque j'ai ſigné cette note, ma ſignature indique que j'ai fait cette note, dans l'intention qu'elle ſervît au créancier de preuve de ſa créance.

Mais, quoique je n'aie pas ſigné la note, ſi j'ai d'ailleurs fait connoître que je la faiſois pour qu'elle ſervît de preuve du prêt, dans le cas auquel je ſerois prévenu par la mort, comme lorſque j'ai déclaré par cette note que celui qui m'avoit fait le prêt, n'avoit pas voulu recevoir de moi de billet, la note, dans ce cas, quoique non ſignée, doit faire une preuve de la dette contre moi & mes héritiers.

Lorſque la note, quoique ſignée, eſt barrée, elle ne fait plus de preuve en faveur du créancier: au contraire, la radiation eſt une preuve que j'ai rendu la ſomme, ſi le créancier n'a par-devers lui aucun titre.

Dans le ſecond cas qui eſt celui auquel ce que j'ai écrit ſur mon journal tend à libérer mon débiteur, comme lorſque j'y rends compte des payemens qu'il m'a faits, il n'eſt pas douteux que ce que j'ai écrit, ſoit que je l'aie ſigné ou non, fait une pleine foi contre moi au profit de mon débiteur; car la libération eſt favorable. Tr. des Obl. part. 4, ch. 1, §. 5.

[*] Les papiers terriers & les cueillerets des ſeigneurs font-ils foi de ce qu'ils contiennent? En général, on doit décider pour la négative, par la raiſon qu'on ne peut pas ſe faire des titres à ſoi-même. Néanmoins, quand ces cueillerets ſont anciens & uniformes, ils font une ſémi-preuve, laquelle jointe à d'autres, telle que ſeroit celle qui réſulte des reconnoiſſances des propriétaires des terres circonvoiſines, pourroit établir ſuffiſamment la demande du ſeigneur. Voyez les Additions ſur le ch. 17 de la premiere partie, n. 17.

Au contraire, ces cueillerets font preuve contre le ſeigneur; mais lorſque le cenſitaire s'eſt ſervi contre le ſeigneur

Il dit même que, quand le ſceau des parties ſeroit appoſé à une pareille écriture privée, ce ſceau ne la rendroit pas plus authentique, parce qu'il n'y a que le ſceau du prince, & celui des grands ſeigneurs qui puiſſent rendre une écriture authentique : néanmoins ce ſceau ſert de preuve que l'écriture eſt véritable, & aide à faire voir que celui qui a fait cette écriture, ne s'eſt pas trompé en l'écrivant, & qu'il l'a écrit volontairement.

75. Néanmoins il eſtime que ce ſceau, conſidéré ſeul en lui même ne ſignifie rien, ſi la ſignature n'y eſt pas appoſée, ou autre choſe équipollente ; c'eſt pourquoi Balde l'appelle *un témoin ſourd & muet.* Auſſi, pour que l'écriture à laquelle un ſceau eſt appoſé faſſe foi, il faut exprimer trois choſes : De qui eſt ce ſceau ? Par qui il eſt appoſé ? Et pourquoi ? ou du moins que ces trois choſes puiſſent être vérifiées par d'autres circonſtances.

De toute cette doctrine de Me Charles Dumoulin, on peut conclure que toute écriture privée ne fait pas preuve, & que ſouvent même ce n'eſt pas un commencement de preuve par écrit, parce que cette écriture non ſignée peut avoir été écrite ſans réflexion. Si néanmoins cette écriture eſt ſur un regiſtre, ou journal, la ſignature n'eſt pas néceſſaire, parce qu'il n'eſt pas même d'uſage de les ſigner ; & cette écriture eſt du moins un commencement de preuve par écrit, d'autant moins ſuſpect, que c'eſt une reconnoiſſance faite librement, en l'abſence & à l'inſçu de celui au profit duquel elle eſt faite.

76. Au reſte, pour ce qui eſt de ce que les peres & meres ont écrit touchant la naiſſance, la mort, ou le mariage de leurs enfans, & autres ſemblables événemens arrivés dans leur famille, ils ſont préſumés avoir écrit la vérité. C'eſt pourquoi, ſi les regiſtres de paroiſſes ſont perdus, on ajoûte foi à ceux des peres & meres, ſur toutes ces choſes, ſuivant l'ordonnance de 1667, art. 14 ; & ſi l'on eſt obligé d'avoir recours à la preuve par témoins, la dépoſition des parens eſt indiſpenſable, parce que la loi préſume qu'ils doivent être les mieux informés de ce

des papiers cenſiers du ſeigneur, le ſeigneur peut a ſon tour s'en ſervir contre lui, & en ce cas, les papiers cenſiers du ſeigneur font pleine foi en ſa faveur. Dumoul. Cout. de Paris, §. 8, gl. 1, n. 20.

qui

qui s'eſt paſſé entre leurs proches, ſur quoi il faut voir ce qui eſt ajoûté ci-après ſur l'article 55 de l'ordonnance de Moulins.

CHAPITRE IX.

Des Obligations qui ne ſont point rédigées par écrit, & qui ſe contractent pour raiſon de choſes priſes en détail par de certaines marques appellées vulgairement Coches, Tailles & Méreaux.

SOMMAIRE.

1. *Des tailles, coches, ou méreaux, entre marchands, qui tiennent lieu d'obligations écrites.*
2. *Eſpece à ce ſujet, pour raiſon d'une vente de peaux, de laquelle on avoit marqué les différentes livraiſons ſur une taille de bois.*
3. *Intervention dans cette même eſpece d'un créancier par obligation devant notaires.*
4. *Deux queſtions ſur cette eſpece.*
   La premiere: Si la preuve de la vente de peaux, faite à crédit, étoit recevable par témoins.
5. *La ſeconde: lequel étoit préférable ſur les meubles du débiteur?*
6. *Raiſons de douter.*
7. *Opinion ſur la premiere queſtion. Que la preuve eſt recevable.*
8. *Ce que les anciens appelloient* teſſeræ.
9. *Ce que c'eſt que* méreaux *entre chanoines.*
10. *Du* poinçon *de certains ouvriers.*
11. *Opinion ſur la ſeconde queſtion. Que le vendeur eſt préférable, ſur les peaux qu'il retrouve en nature, au créancier par obligation.*
12. *Du moins la contribution doit avoir lieu entr'eux.*

1. JE me ſuis ſouvent trouvé embarraſſé au ſujet de pluſieurs queſtions ſur leſquelles j'ai été conſulté con-

1. FECERUNT mihi negotium diverſæ quæſtiones, de quibus circà hunc articulum ſæpè fui interrogatus. Nam quædam ſunt obligationes, quæ nec ſcribuntur, nec coràm teſtibus expreſsè contrahuntur, & tamèn, ex

cernant cet article ; car il y a de certaines obligations qui ne ſe rédigent point par écrit, qui ne ſe font point en préſence de témoins, leſquelles ne laiſſent pas néanmoins de s'exécuter, & qui ſemblent faire foi par elles-mêmes ; par exemple, celles que l'on contracte en faiſant une marque ſur du bois, ou avec des petits morceaux de plomb, dont l'un des contractans donne à l'autre un certain nombre ; ce que les marchands & autres qui font quelque négoce en détail, appellent entr'eux *tailles*, *coches*, ou *méreaux*, que Sypontinus appelle en latin *taleas*.

2. Pour rendre la choſe plus intelligible, je rapporterai une eſpece qui m'a été propoſée touchant un procès d'un boucher, lequel avoit fait marché avec un marchand de peaux, de lui livrer, à certain prix, toutes les peaux des moutons & des chevres qu'il tueroit pendant l'année, & les lui avoit enſuite livrées ſous la foi d'une *taille*, dont chacun avoit une moitié, qu'ils avoient ſouvent rapportée & confrontée l'une à l'autre, pour voir ſi l'un ou l'autre ne s'étoit pas trompé, & ſur laquelle taille on marquoit avec un couteau, chaque jour, le nombre des peaux qu'on livroit, chacun ayant la ſienne particuliere, comme on avoit coutume d'en uſer autrefois avec les hôtes, ainſi que rapporte Plaute. Enfin, après qu'il eut été livré un grand nombre de peaux à ce marchand, il vint à mourir, ſans avoir payé celles qui lui avoient été livrées, dont le nom-

---

conſuetudine inter mercatores, ſervari ſolitâ, firmam videntur habere fiduciam : nimirùm, hæ quibuſdam notis ligneis, aut plombeis, vel ſymbolis, ſeu teſſeris, invicem datis contrahuntur : quas vulgari verbo, *tailles*, *coches*, *ou méreaux*, mercatores aliive negotiatores, intèr ſe appellant : & taleas latinè dici poſſe Sypontinus arbitratur. *a*

a *Apud Mart. Epigr. ſecund.*

2. Ad cujus rei facilitatem, exemplum adduco de quâdam lite mihi propoſitâ, inter quoſdam laniones, ſeu macellarios, qui cùm cuidam mercatori lorario, ſeu coriario, pelles omnes ovinas, caprinas, & id genus alias, quas à mactatis per eos animalibus, continuo anni curriculo, collegiſſent, certâ æſtimatione conventâ, minutatìm, & diverſis temporibus tradidiſſent, lignearum teſſerarum collatione, ad ſecuritatem ſæpiùs factâ : in quibus teſſeris, ſeu taleis, ſimul junctis, cultello incidebantur numeri pellium, ſingulis diebus dicto mercatori traditarum ; & ſuam uterque teſſeram habebat, ut olìm inter hoſpites fieri conſuetum refert Plautus. *b* Tandèm aliquandò poſt maximum numerum pellium coriario ſeu ligulario traditarum, deceſſit iſte coriarius mercator, nondùm ſolutis pellibus per eum

b *In Penul.*

bre ſe trouvoit marqué ſur cette taille commune ; & comme on trouva encore pluſieurs de ces peaux entre ſes meubles, & les laines qu'il en avoit tirées, & qu'il ne poſſédoit aucuns immeubles, le boucher intenta ſa demande devant le juge, à ce que ces peaux & ces laines lui fuſſent rendues, comme ne lui ayant pas été payées, & dont on s'étoit ſeulement contenté de marquer le nombre ſur la taille commune, & qu'à cet effet les héritiers de ce marchand de peaux fuſſent tenus d'apporter la taille qu'ils avoient de leur part, pour la confronter avec la ſienne ; ce qui fut ordonné par le juge, & l'on connut, par cette repréſentation, qu'effectivement ce marchand de peaux devoit, ſuivant cette taille, plus de mille livres au boucher.

3. Sur cela, il ſurvint un créancier qui rapporta une obligation de deux cens écus, que ce marchand de peaux lui avoit paſſée, & demanda que ces peaux & ces laines lui fuſſent adjugées ſur ſon dû, ſans avoir égard à la demande du boucher, qui n'avoit ni obligation, ni même une promeſſe ; le boucher alléguoit de ſa part la coutume ordinaire entre marchands, qui ne ſe ſervent pas d'autres manieres pour s'obliger reſpectivement que de ces ſortes de tailles, & que n'ayant vendu ces peaux qu'à condition d'en être payé, il en étoit encore le propriétaire, & avoit droit

---

acceptis, quarum numerum communis teſſera inciſum referebat. Et cùm in bonis ejus mobilibus (quoniam nulla immobilia poſſidebat) repertus eſſet multarum pellium numerus, atque etiàm lana à pellibus abraſa : ea propter, macellarii coram judice petierunt has pelles & lanas ſibi reſtitui, eò quòd ſolutæ nondùm fuiſſent, ſed tantùm teſſeris ſeu taleis inciſæ, & ad hunc finem exhibent teſſerulas ſuas, poſtulantque ab hæredibus, ut pares teſſeras exhibeant, & conferantur cum iis quæ penès defunctum repertæ ſunt : quod authore judice factum eſt, adeò ut non fuerit dubium, defunctum coriarium, ſeu ligularium, macellariorum debitorem fuiſſe, pro his omnibus in utrâque teſſerulâ inciſis, quæ centum aureos ferè excedebant.

3. Ex adverſo, ſupervenit quidam creditor, inſtrumentum proferens obligatorium, quo defunctus coriarius, in aureos ducentos ei obligatus erat ; & petiit has pelles & lanas, ad exſolutionem ſui debiti diſtrahi, repulſis macellariis, qui nedum inſtrumento authentico, imò ne chirographario quidèm fulti erant. Macellarii autèm conſuetum inter eos mercandi morem allegabant, qui inter ſe, nonniſi his teſſeris mutuò obligari conſueverant, ſeque pelles ſuas non aliàs vendidiſſe dicebant, quàm ſub hâc conditione,

de les revendiquer en vertu de cette condition réſolutive & commiſſoire de la vente, parce qu'elles ne lui avoient pas été payées; qu'ainſi il devoit être préféré à tout autre créancier ſur les peaux & laines, à cauſe de cet uſage notoire de contracter entre marchands, qu'ils diſoient leur devoir tenir lieu d'une obligation authentique, comme il eſt de maxime de ſe régler toujours par l'uſage; à quoi ils ajoûtoient qu'entre marchands on contracte plutôt par la tradition de la marchandiſe, ou par une ſimple promeſſe verbale, que par des titres ſolemnels, ſuivant ce que dit Bartole. L'autre créancier, au contraire, répondoit à cela qu'il avoit prêté ſon argent, ſous la foi d'une obligation authentique; que le marchand de peaux, avec cet argent avoit acheté toutes ces peaux & marchandiſes, ſuivant la préſomption de droit, que l'argent qui a été emprunté pour être employé à l'achat de certaine choſe, y a été effectivement employé, & que, par conſéquent, il auroit été injuſte de lui préférer le boucher, qui n'avoit aucune obligation ni promeſſe, mais une ſimple taille pour prouver ſa dette.

4. De ce fait naiſſent deux queſtions; la premiere, ſi le fait articulé par le boucher, qu'il n'avoit livré ſes peaux qu'à condition d'en être payé, & que telle étoit la coutume

---

ſi exſolutæ fuiſſent: at verò antè ſolutionem, ſe ſemper pellium dominos manſiſſe, & propterea vindicari has poſſe, ſi prædictis mercatoribus non foret ſatisfactum, ex quâdam conditione commiſſoriâ, *a* atque ità, in his pellibus & lanis, ſe creditoribus omnibus, ex aliâ cauſâ creditum contendentibus, præferendos eſſe, propter expreſſam ad hoc mercandi conſuetudinem: quam pro lege & inſtrumento authentico accipiendam eſſe dicebant: ut ſatis vulgatum eſt, conſuetudinem ſemper attendi debere: *b* hoc addito, quôd mercatores, re magis, vel etiam nudo pacto, quàm verborum ſolemnitate interpoſitâ contrahere ſolerent, ſecundùm Bartol. *c* E contrario, dicebat creditor, inſtrumento ſcripto & authenticè confecto, ſe pecuniam ſuam mutuaſſe, ex quâ pecuniâ defunctus lorarius, ſeu coriarius, omnes ſuas merces emerat, ſuadente id juris præſumptione, quæ vult pecuniam præſumi verſam, in cauſam quam mutuans profitetur: *c* & idcircò iniquum eſſe, creditorem, qui authentico nitebatur inſtrumento, poſtponi prædictis macellariis, nullam cautionem publicam aut privatam habentibus, ſed ſolis ligni fruſtulis nitentibus.

4. Ab hâc diſputatione duæ oriuntur quæſtiones: una, an recipi debeat hoc macellariorum factum, quo aſſerunt, ſe non aliâ lege pelles ſuas

a L. 2 & 3, §. de Leg. commiſſ.

b Auth. de defenſor. civitat. §. Quia verò, coll. 3, & Auth. de ſanctiſſ. epiſcop. §. Pro eo ſuetudinibus, co. 9.

c In l. Quintus, ff. Mand.

d L. final, §. Sin. autem, C. ad Macedon. Bald. ad l. Macedoniani, & dict. l. fin. eodem.

de vendre & de contracter entre marchands, pouvoit être prouvée par témoins?

5. La seconde, si ce boucher devoit être préféré à cet autre créancier sur les peaux & laines, ou au contraire?

6. Quant à la premiere question, cette ordonnance semble y résister, en ce qu'elle ordonne qu'il soit passé obligation, ou acte par écrit de tout ce qui excede cent livres: or le prix de ces laines & peaux excédoit de beaucoup la somme de cent livres, & il n'y avoit rien de rédigé par écrit en faveur du boucher, mais une simple taille; & ainsi ce fait ne paroissoit pas recevable.

7. Néanmoins j'ai cru qu'il falloit décider au contraire: premierément, parce que cette ordonnance ne parle que des cas dans lesquels on a coutume de contracter par écrit; en quoi le boucher n'étoit pas en faute, parce que dans cette sorte de commerce, qui se fait en détail, on n'a pas coutume d'écrire; car, s'il eût été nécessaire de passer un acte chaque jour pour chaque peau qu'il livroit, il faudroit dire que ces petits marchands devroient, comme on dit, avoir toujours un notaire pendu à leur ceinture; ce qui coûteroit plus qu'il n'y auroit de profit. De plus, chaque livraison de peau ne montoit pas à cent livres, parce que, de certains jours, il n'en avoit donné qu'une, un autre

---

vendidisse, quàm si solverentur, hocque modo fieri solitum inter id genus mercatores, & an testibus id probare liceat?

5. Altera quæstio est, an hujusmodi laniones dicto creditori præferri poterunt, aut è contrà?

6. Quoàd primam quæstionem, multùm obstare videtur hæc regia sanctio, quæ de omnibus obligationibus libras centum excedentibus, jubet contractum scriptis fieri, atquì pretium quod petunt pro pellibus suis & lanis, centenam libram longè excedit, & tamèn nihil scriptum, sed simplicitèr tesseris signatum ostendunt, videretur itaquè factum illud non esse recipiendum.

7. Ego tamèn contrarium putavi, his rationibus. Primâ quòd hæc regia sanctio loquatur de rebus de quibus contractus scribi solent, contrà quam hi macellarii dolosè commisisse non videntur, eò quòd, in eo genere mercium scriptura non sit necessaria, cùm minutatim recipiantur: nam alioqui, si pro quotidianâ pellium receptione, necesse foret contractum scribi, hujusmodi minutuli mercatores, notarium semper zonâ pendulum habere cogerentur: cujus sumptus, commoda longè superarent. Præterea, quælibet particularis pellium receptio, est infrà centesimam libram, quià unâ die, forsàn quatuor pelles recipiuntur, aliâ quinque, & sic de singulis diebus;

jour quatre, un autre jour cinq, & ainſi des autres; & cependant à la fin du tems, ce qui étoit écrit ſur cette taille s'étoit trouvé excéder la ſomme de cent livres. Ainſi, ſi l'on regarde le commencement & l'origine de l'obligation de mille livres, il n'y avoit pas lieu à l'ordonnance, parce qu'il ne s'agiſſoit pas encore de cent livres; & ſi on regarde la fin, cette obligation ne monte à cette ſomme de mille livres, que par le moyen de cette taille qui marque ce qui a été livré; & ainſi cette ordonnance ne peut avoir lieu, comme j'ai prouvé ci-deſſus, en parlant des obligations qui ſe contractent par ſucceſſion de tems: par conſéquent, après que la reconnoiſſance de ces tailles a été faite en juſtice, je ſerois d'avis qu'on admît la preuve par témoins, parce que cette taille fait déja un commencement de preuve, comme il eſt marqué en droit.

8. Car anciennement les préfets, ou commiſſionnaires des vivres à Rome, donnoient à chaque ſoldat une certaine meſure de grains, que l'on comptoit ſur de certaines marques appellées *teſſeræ frumentariæ*, dont les juriſconſultes Ulpien & Paul ont parlé; ce qui a donné lieu à Budée de remarquer qu'il y avoit de ſemblables marques pour les chevaux, les habits, & les choſes qui croiſſent dans la campagne. De plus, comme cette ſorte de trafic ne ſe peut faire qu'en détail, & petit-à-petit, à meſure qu'il y a des peaux à vendre, il faut de néceſſité permettre, ce que ſans cela l'on ne permettroit pas.

---

temporis verò tractu, hæc receptio adeò augetur, ut quod in teſſeris ligneis inciſum eſt, excedat libras centum. Itaque ipſa principia obligationis non ſubjiciuntur huic legi; finis verò ejuſdem obligationis non nisi ipſis teſſeris ligneis perficitur, & per conſequens, huic legi locum nuſquàm fuiſſe dicebam, ſicut ſuprà oſtendimus, de acquiſitionibus, quæ fiunt temporis tractu. Pro his igitur teſſerulis, in judicio recognitis, putarem ſuperiùs factum recipi debere, ac teſtibus probari: cùm jam nonnulla fides ex hujuſmodi taleis eliciatur, ut in jure novum non eſt.

8. Antiquitùs enim, ſuper quibuſdam teſſeris, certo modo ſignatis, præfectus annonæ, quandam frumenti menſuram militibus largiebatur, quæ & teſſeræ frumentariæ dicebantur: quarum meminerunt Ulpian. *a* & Paul. *b* Undè & fuiſſe olim teſſeras jumentarias, veſtiarias, & agrarias, ex Suetonio, *c* refert Budæus. *d* Prætereâ, cùm ſolitus hic mercandi modus, alitèr fieri non poſſit, quandoquidèm, nonnisi minutatìm, & proùt eveniunt, hæ pellium merces diſtribui poſſint, ergò, neceſſitate permitti debet, quod alioquì non permitteretur.

a *In l. Sed & ſi ſuſceperit*, §. *Si libertis*, *ff. de Judic.*

b *In L. Mortuo, de Leg.* 2.

c *In Neron.*

d *Add. L. Sed & ſi ſuſceperit*, *d.* §. *Si libertis.*

9. Et non seulement entre marchands, mais même entre les chanoines & prébendés, on a coutume de se servir de petites marques de plomb, qu'on appelle *méreaux*, pour marquer les distributions différentes qui leur sont faites, lesquelles ne leur sont dûes que suivant, & à mesure qu'ils ont assisté aux offices de l'église; car ces méreaux tiennent lieu d'obligation à leur profit, en vertu desquels le receveur du chapitre est tenu de leur payer les distributions qui leur sont dûes, suivant l'usage ordinaire de l'église, qui tient lieu de loi parmi eux.

10. Même entre artisans, ils ont de certaines marques par lesquelles ils font preuve si leur ouvrage est bien ou mal fait, & sont punis, s'il n'est pas fait suivant les régles de l'art, notamment entre orfévres, lesquels marquent leur ouvrage au poinçon; d'où il s'ensuit, à l'égard de la premiere question, que la preuve par témoins devoit être admise en faveur du boucher, nonobstant l'ordonnance de Moulins qui n'a point d'application à cette espece d'obligation qui se contracte seulement par succession de tems, & non pas par un seul acte, & lesquelles ne peuvent être rédigées par écrit, ainsi que nous avons dit en parlant des prescriptions.

11. Quant à la seconde question, sçavoir si le boucher, ayant prouvé le fait par lui articulé ci-dessus, il doit être

---

9. *a* Imò, non tantùm inter mercatores his notulis contrahi solet, sed etiàm inter alios, utpotè, inter canonicos & præbendarios, qui tesserulis plumbeis, quas vulgò *mereauxa* vocant, utuntur in distributione canonum, ratione officii sibi debitorum: nam his signis plumbeis, aut chartaceis, habent dispensatores ecclesiæ sibi obligatos, ex communi usu & consuetudine ecclesiæ, quæ inter eos legis habet vigorem.

a *L.* 1, §. *Sed excipiuntur, ff. de fer. L. senatusconsulto*, §. *Si quid. ff. de Offic. præsid. l. Ait prætor.* §. *Si debitorem, ff. Quæ in fr. cred.*

10. *b* Et inter nonnullos artifices solet haberi quorundam signorum communicatio, quibus suæ artis opera agnoscere solent: ex hisque signis, si qui in opere deliquerint, convincuntur, & puniuntur, maximè inter aurichalcos. Ex quibus sequitur primæ quæstionis resolutionem intèr prædictos nempè lanios, recipi debere ad supradicti facti positionem, ejusdemque probationem testibus faciendam, nonobstante hæc Molinæâ sanctione, quæ hujusmodi obligationibus aptari non potest, cùm magis tractu temporis, & diversis momentis contractæ sint hæ obligationes, quàm uno solo actu, & idèo scriptis concipi non possint, ut superiùs diximus, cùm præscriptionum probationes allegaremus. *c*

b *Cap. cùm ad monasterium, ext. de Stat. monach. Can. In his, Can. catholica, dist.* 11.

11. Quantum ad secundam quæstionem: an scilicèt probatâ suâ inten-

c *Arg. l.* 3, *ff. de Usucap.*

préféré au créancier qui a une obligation authentique ; quoique cette queſtion ſoit étrangere à ce Traité, je ne laiſſerai pas d'en dire mon avis, en paſſant. Donc, ſi ce boucher prouve qu'il n'a point vendu & livré ſes peaux, qu'à la charge d'en être payé, & que tel eſt l'uſage de commercer de ces ſortes de marchandiſes, je crois qu'il ſeroit juſte de le recevoir à revendiquer ces peaux & ces laines, ſuivant la déciſion d'Ulpien : *Si je n'ai point fait crédit, en ce cas, parce que les choſes, quoique je les aie vendues, ne ceſſent point de m'appartenir, que je n'aye été payé, ou que l'on ne m'ait donné caution, ou que l'on ne m'ait ſatisfait de quelqu'autre maniere que ce ſoit, il faut dire que je puis les revendiquer ;* car par ces mots, il paroît aſſez qu'il devoit être permis à ce boucher de revendiquer ſes peaux & ſes laines qu'il avoit livrées, particuliérement s'il paroît que ce ſont les mêmes peaux qu'il a vendues.

12. Que ſi cette raiſon ne paroît pas ſuffiſante, je ſerois d'avis au moins que ces deux créanciers doivent venir à contribution, ſi le défunt ne ſe trouve pas avoir de quoi payer ; car quoiqu'entre créanciers hypothécaires, & créanciers chirographaires, il faille faire grande différence quand il s'agit de les payer ; néanmoins, quand il s'agit de marchandiſes, & que l'on ignore quand elles ont été vendues, & lequel a hypotheque ou privilége ſur elles, on

---

tione : macellarii præferri debeant creditori, authenticum inſtrumentum habenti, aut è converſo ? Tametſi hæc quæſtio non ſit præſentis commentarii, obitèr tamèn referam, quid de hâc re mihi videatur. Itaquè ſi probatum ſit per hos laniones, ſe non aliâ lege vendidiſſe pelles, quàm ſi exſolverentur, eumque uſum eſſe, & hoc modo ſolitum eſſe contrahi inter hujuſmodi mercatores, pro hâc ſpecie mercium ; æquum putarem, macellarios ad vindicandas pelles admitti debere, ex ratione Ulpiani *a* ità dicentis. *Enìm verò ſi non in creditum abii, quià res venditæ, non aliàs deſinunt eſſe meæ, quamvìs vendidero, niſi ære ſoluto, vel fidejuſſore dato, vel aliàs ſatisfacto, dicendum erit vindicare me poſſe.* His enìm verbis, ſatìs expreſſum videtur, vindicationem pellium & lanarum, juri conſentaneam fore ; maximè ſi conſtare poſſit, eaſdem pelles eſſe, quas macellarii dederunt.

12. Et, ſi hæc ratio non ſufficiat, exiſtimarem ſaltem, hos laniones in tributum vocari, & admitti debere, dato quòd defunctus ſolvendo non fuerit : nam tametſi inter hypothecarios creditores & ſimplices chirographarios ſoleat haberi differentia in ſolutione debitorum, *b* tamèn

a *In l. Procuratoris, §. Planè, ff. de Tributor.*

b *L. unic. C. iam ob chirog. pecun. l. Creditor. 2, §. Si primus, ff. Qui po-*

ne

ne fait aucune différence entre ces deux ſortes de créanciers dans la contribution du prix, quoique l'un d'eux ſoutienne que c'eſt de ſes deniers que la marchandiſe a été achetée ; mais on fait une contribution égale entr'eux tous, ſur le prix à partager, qui leur eſt diſtribué à proportion de ce qui leur eſt dû à chacun, ſuivant la déciſion d'Ulpien ; & c'eſt ainſi que je voudrois décider cette conteſtation, ſauf meilleur avis.

---

quandò de mercibus agitur, quarum eſt incerta venditio, & incerta hypotheca, ſeu affectatio, non ſolet fieri diſcrimen hoc in tributoriâ, etiamſi unus creditor contendat merces, ſuâ pecuniâ emptas fuiſſe, ut ſentire videtur idem Ulpian. *a* Sed inter omnes creditores fit tributio pro ratâ ejus, quod cuique debetur, ſecundùm eundem Ulpianum. *b* Et ità, ſalvo meliori judicio, putarem, ex æquo & bono judicandum.

a *In L. Procuratoris*, §. *final. junct. l. ſequent. de Tributor.*

b *In dict. l. Procuratoris, d.* §. *final. & L. final. eod. tit.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE IX.

SOMMAIRE.

1. *Explication du mot* teſſera, *dont parle Boiceau.*
2. *Différentes ſignifications de ce mot, tirées de différens auteurs.*
3. Teſſera hoſpitalitatis.
4. *L'écriture n'eſt point eſſentiellement requiſe pour contracter.*

1. LA maniere de contracter ſans écrit & ſans témoins, dont parle Boiceau dans ce chapitre, n'eſt pas nouvelle ; & elle a toujours été pratiquée dans l'uſage, ſur tout entre marchands en détail ; mais avant d'en parler, il faut expliquer ce que ſignifie le mot *taille*, & celui de *teſſera*, dont Boiceau a parlé en paſſant. M. Ducange, en ſon Gloſſaire *mediæ & inf. latin.* parlant de ce que nous appellons *taille*, dit qu'en latin ce mot s'exprime par ceux de *talea*, *talia*, *tallia & tallium*. Voici comme il la définit : *Teſſera lignea in duas partes ſciſſa in quarum utrâque debitum continetur tranſverſariâ quâdam cæſurâ denotatum.* C'eſt une marque de bois, dit-il, fendue en deux, ſur laquelle eſt marquée la dette par une coupure qui s'étend ſur les deux

parties, dont une moitié demeure au débiteur, & l'autre au créancier; & ces mots *talea*, ou *talia*, ſignifient, dit-il, une branche d'arbre, qui a été coupée, *ramus inciſus*.

2. Quant à ce mot *teſſera*, il ſignifie un fort grand nombre de choſes différentes.

1° Il ſignifioit des dés, *teſſeris ludere;* Dempterus ad Roſin. *Ant. Rom. lib.* 5, *cap.* 1, fait différence, *inter talos & teſſeras, quod tali, ſex angulos habeant, teſſeræ tantùm quatuor.* C'étoient des jeux du hazard, auxquels Cicéron compare la fortune: *Quid eſt enim ſors, idem propemodùm quod micare, quod talos jacere, quod teſſeras, quibus in rebus caſus & temeritas, non ratio & conſilium valet.*

2° Il ſignifioit certaines marques que l'on donnoit aux ſoldats Romains pour ſe reconnoître entr'eux, & ſe diſtinguer des ennemis, où étoit écrit le *mot du guet;* les tribuns militaires étoient obligés de l'aller prendre du chef de l'armée; ils le portoient aux centurions, qui le donnoient aux décurions, & ceux-là aux ſoldats. Il y avoit même des perſonnes prépoſées à cet effet, *teſſerarii dicti qui teſſeram per contubernia militum nuntiabant* [*]; & il faut obſerver que *teſſera erat duplex; vocalis*, c'étoit le mot du guet que chaque ſoldat devoit ſçavoir, *Ut Venus victrix Cæſari; & teſſera muta*, qui étoit une certaine marque ſur les habits, comme un aigle, qui ſervoit à diſtinguer les ſoldats Romains dans le combat.

3° On appelloit *teſſeras*, certaines piéces d'airain, rondes ou quarrées, ſelon quelques-uns, ſur leſquelles étoit gravée la quantité du bled, du vin, de l'or, de l'argent, ou habits, que les empereurs donnoient aux ſoldats par largeſſe;

[*] Sur dix compagnies, on choiſiſſoit tour-à-tour un ſoldat, appellé pour ce effet *Teſſerarius*, qui, vers le coucher du ſoleil, ſe rendoit chez le tribun qui étoit de garde, & recevoit de lui une petite tablette, où, par l'ordre du général, étoient écrits un ou pluſieurs mots. Par exemple, à la bataille de Philippes, Céſar & Antoine donnerent le nom d'*Apollon* pour mot du guet. On écrivoit encore ſur chaque tablette quelques ordres pour l'armée. Celui qui avoit reçu le mot du guet, après avoir rejoint ſa compagnie, le donnoit, en préſence de témoins au centurion qui la commandoit. Celui-ci la donnoit au centurion de la compagnie ſuivante; ce centurion à un autre, & toujours de même; en ſorte qu'avant le coucher du ſoleil, toutes ces tablettes étoient rapportées au tribun, qui auſſi-tôt, par une inſcription particuliere qui marquoit chaque corps de l'armée, comme celui des *Haſtaires*, celui des *Principes*, celui des *Triares*, &c. pouvoit connoître celui qui n'avoit pas rapporté ſa tablette. Cela ne pouvoit être nié, parce qu'on entendoit ſur cela des témoins, comme dans une affaire capitale.

c'eſt pourquoi on les appelloit *annonarias*. Suétone dit qu'Auguſte, *ne plebs frumentariorum causâ frequentiùs, à negotiis avocaretur ter in annum quaternorum menſium teſſeras dare deſtinavit, frumentum quoque in annonæ difficultatibus ſæpè leviſſimo, interdùm nullo pretio virilem admenſus eſt, teſſeraſque nummarias duplicavit;* ſur quoi on peut voir Pancirol, *de Notitiâ Imperii, cap.* 26, *& cap.* 5 *de Præfecto annonæ*, & le titre au *Cod. Theodoſ. de Anno civ. & pane gradili*, & ce qu'en a écrit Loyſeau, des Offices, liv. 1, chap. 1. M. Cujas, *ff. de Judiciis ad l.* 52, dit que chaque mois le ſoldat alloit au préfet des vivres lui demander la portion du bled, qui étoit écrite ſur cette marque appellée *teſſera*, d'où il conclut en expliquant la loi 36, *de Legatis*, que, *quando quis teſſeram frumentariam legavit, quantitatem videtur legaſſe; Covarruvias, l.* 4, *Var. Quæſt. cap.* 1, *n.* 3, dit qu'à l'égard de la loi *Titia Seïo*, & la loi *Mortuo bove, de Leg.* ce mot *legatum teſſeræ*, veut ſeulement dire en cet endroit, *legatum juris percipiendi largitiones principum*, & que ce droit de participer aux largeſſes publiques du prince, n'appartenoit qu'aux citoyens Romains : auſſi *tribum vel teſſeram emere*, ſignifioit acheter les droits de citoyen Romain. Loyſeau, des Offices, l. 1, chap. 1, nomb. 53, diſtingue *teſſeras annonarias* en trois eſpeces, *militares*, que l'on donnoit aux ſoldats ; *palatinas*, que l'on donnoit aux officiers du palais du prince ; & *civiles*, que l'on diſtribuoit à chaque citoyen Romain en particulier. Les premiers, dit-il, étoient comme le pain de munition ; les ſecondes étoient comme le droit de bouche à cour des officiers ; les troiſiemes étoient un droit attribué au menu peuple de Rome ſur la fin de l'état populaire, par le moyen duquel chaque chef de famille recevoit tous les mois certaine quantité de froment des greniers publics.

4° *Teſſeræ miſſiles*, étoient certaines piéces, ou marques que les empereurs jettoient au peuple dans leur triomphe, ou en d'autres occaſions, quand ils vouloient lui faire largeſſe, ſur leſquelles étoient inſcrite la quantité de pain & de vin, ou d'argent qu'ils donnoient à ceux qui les ramaſſoient.

5° Il y avoit encore *teſſera belli*, & *teſſera pacis ;* c'étoient

deux marques différentes dont le peuple Romain avoit coutume de donner le choix à ſes ennemis, quand il leur envoyoit dénoncer la guerre, *l.* 2, §. *Deinde Quintus, ff. de Origine juris.*

6º *Teſſeræ collybiſticæ*, étoient ce que nous appellons *Lettres de change*; car ce mot *collybus*, veut dire *change.*

7º On appelloit encore de ce nom certaines figures dont on ſe ſervoit à Rome pour orner les habits, qu'on nommoit à cauſe de cela, *veſtes teſſellatas.*

Loyſeau, des Offices, *ibidem*, après avoir remarqué qu'en guerre, *teſſera* veut dire *le mot du guet;* il ajoûte, comme a obſervé Boiceau, que les *méreaux* ſont auſſi en uſage dans les égliſes collégiales, dans leſquelles on baille des *méreaux*, ou marques de plomb, aux chanoines qui ont aſſiſté au ſervice divin, ſur leſquels ils reçoivent enſuite leur pain du chapitre. Quant à ce qu'on appelloit *teſſeras ſtellatas*, les ſçavans ne conviennent pas préciſément de ce que c'étoit. M. Cujas, ſur la loi 12, C. *de erogat. Milit. annon.* l'explique d'une maniere; pluſieurs autres auteurs l'expliquent d'une autre façon, ce qu'il ne s'agit pas d'éclaircir ici.

3. Il reſte à expliquer ce qui s'appelloit autrefois *teſſera hoſpitalitatis*, dont pluſieurs autres auteurs ont parlé: on convient que c'étoit une certaine marque d'alliance & de confédération entre de certaines villes dont la loi *Poſtliminii, ff. de Captivis*, entend parler par ce mot *hoſpitium*, & même entre des familles dont les chefs avoient été unis de parenté ou d'amitié, ou entre les habitans de deux villes confédérées, en conſidération de laquelle ils ſe recevoient réciproquement, *tanquam hoſpites antiquos.* Le ſymbole de cette marque repréſentoit deux mains droites qui ſe donnoient la foi [*]: elle ſervoit à celui qui alloit en voyage, à ſe faire reconnoître pour ami, & à ſe faire recevoir par droit d'hoſpitalité par tous ceux qui, en ſigne d'alliance, avoient une même marque que la ſienne, &

[*] Le *Teſſera hoſpitalitatis* conſiſtoit auſſi en une piéce de monnoie qu'on rompoit en deux; & plus communément on ſcioit en deux un bâton d'yvoire dont chacun des deux hôtes gardoit une portion. Le droit d'hoſpitalité étoit impreſcriptible; & à moins d'y avoir renoncé par un acte en bonne forme devant les magiſtrats, rien ne pouvoit y porter atteinte. Dans la guerre même, les combattans qui ſe trouvoient liés par le droit d'hoſpitalité, étoient obligés de ſe reſpecter.

ils le nourriſſoient gratuitement un certain tems, en mémoire de cette alliance ; c'eſt ce qu'explique fort bien *Joan. Adam Schill.* dans ſon livre intitulé *Nomenclator philologus. Ut etiam hoſpes adveniens jure hoſpitii utens pro mercede, juſtè quieſcendi, & reficiendi ſui causâ in alienâ republicâ, cauponâ, tabernâ, vel hoſpitio publico vel privato pro pretio, vel ex teſſerâ hoſpitalitatis.*

Et il faut remarquer que cette marque étoit diviſée en deux, dont chaque famille retenoit une moitié, & la conſervoit ſoigneuſement, parce que ce droit de confédération & d'alliance paſſoit aux héritiers.

Parmi nous, on appelle encore *teſſeram ſecuritatis*, un ſauf-conduit, ou ſauvegarde ; & *teſſeras gentilitias*, les armoiries d'une famille.

4. On peut conclure de ce qui vient d'être dit ci-deſſus, que ce n'eſt pas d'aujourd'hui que l'on a été obligé de ſe ſervir de certaines marques, ou ſymboles, pour aſſurer la vérité de certaines conventions qui n'étoient point rédigées par écrit ; ces ſymboles tenoient lieu d'écritures : auſſi l'écriture n'eſt-elle point de l'eſſence du contrat ; elle n'y a été ajoûtée que pour la ſûreté de la convention : ainſi dans les affaires où il eſt de l'uſage notoire de ne s'en point ſervir, l'ordonnance n'a point entendu y obliger, comme, par exemple, dans l'eſpece dont parle Boiceau, en laquelle ces ſortes de marques font preuve entre ceux qui contractent ſous cette unique ſûreté ; mais à l'égard d'une tierce perſonne, elles ne prouvent rien, & ne ſont point authentiques, n'ayant aucun caractere public ; mais elles peuvent ſervir de commencement de preuve, quand il n'y a point de ſuſpicion de dol : en un mot, on peut les appeller des témoins ſourds & muets de ce qui a été fait entre deux perſonnes ; il en faut d'autres qui expliquent ce qu'ils ne donnent que lieu de préſumer, ſur-tout quand il s'agit de faire préjudice à d'autres [*].

[*] L'auteur du Tr. des Oblig. part. 4, ch. 1, §. 7, eſt de même avis. « Ces » tailles, dit-il, tiennent lieu d'écriture, » & font une eſpece de preuve littérale » de la quantité des marchandiſes fournies lorſque celui à qui elles ont été » fournies, repréſente l'échantillon pour » le joindre à la taille. On appelle proprement *la taille*, le morceau de bois » que le marchand, qui fait les fournitures, a par-devers lui ; l'autre ſe »nomme *échantillon.* »

Cette déciſion eſt tout-à-fait juſte, & fondée en raiſon ; car l'intention de l'ordonnance n'a été que d'exclure la preuve teſtimoniale.

CHAPITRE X.

De ce qui ſe fait en exécution des Contrats, ou Obligations par écrit.

SOMMAIRE.

1. *D'une convention certaine qui dépend, quant à l'exécution d'un autre contrat, comme une promeſſe de vendre.*
2. *Si, quand il y a promeſſe de vendre une choſe, rédigée par écrit, on peut prouver par témoins que la vente a été faite?*
3. *Raiſons de douter.*
4. *Opinion que la preuve eſt admiſſible, & les raiſons pourquoi.*
5. *Si le poſſeſſeur, en vertu de cette promeſſe de vendre, eſt évincé; il a non-ſeulement l'action* triticiaria, *mais l'action* publiciana.
6. *La promeſſe de vendre eſt une véritable vente.*
7. *Opinion que la preuve eſt admiſſible en ce cas.*
8. *Eſpece d'un marchand qui avoit reconnu par écrit, qu'il devoit cinq cens écus à un autre marchand, pour certain nombre de ſacs de paſtel qui devoient être livrés.*
9. *Opinion que la livraiſon ſe pouvoit prouver par témoins.*

1. J'AI vu une infinité de queſtions ſur ce ſujet; car il y a pluſieurs contrats conçus d'une telle maniere, que, quoiqu'ils ſoient fondés ſur une certaine convention, ils dépendent néanmoins tellement de l'exécution, que de néceſſité, il faut un autre contrat pour conſommer l'affaire: ainſi la promeſſe de vendre, n'eſt pas une vente; la promeſſe de louer n'eſt pas un bail; & il faut dire le même, d'autres

---

a *L. Si hæres, ff. de act. empt. l. Numerationibus, ff. de Solut.*
b *L. Si cùm fundum, ff. de Pact.*
c *L. Quamvis, C. de Tranſact.*

1. VIdi de hoc articulo multas quæſtiones moveri: nàm infiniti ſunt contractus, ità concepti, ut quamvis pactionem certam habeant, tamèn ab executione contractûs ità pendere videantur, ut alium contractum ex neceſſitate deſiderent: exempli gratiâ; promiſſio de vendendo, non eſt venditio: promiſſio de locando, non eſt locatio; & ita dicendum de aliis ſimilibus pactis, quæ alium contractum pro eorum executione requirunt, *a* de quibus, multis in locis agitur, *b* & à Baldo, *c*

ſemblables conventions dont Balde, & pluſieurs docteurs ont parlé; ce qui eſt auſſi la même choſe à l'égard des contrats, dont l'exécution en droit eſt laiſſée à l'arbitrage d'un autre; car tous ces contrats demandent encore un autre contrat pour leur entiere exécution: par exemple, je promets de vous vendre mon héritage pour cent piſtoles; perſonne ne doute que cette convention ne doive être rédigée par écrit, ſuivant l'ordonnance.

2. Mais, après qu'elle aura été rédigée par écrit, ſi celui à qui on a promis de vendre ce fonds, s'en trouve en poſſeſſion quelque tems après, & qu'on veuille le revendiquer d'entre ſes mains, s'il répond que ce fonds lui a été vendu cent piſtoles, quoiqu'il n'ait point de contrat de vente par écrit, on demande s'il pourra prouver cette vente, parce qu'il eſt déja fondé en promeſſe par écrit?

3. Ce qui ne ſemble pas admiſſible d'abord, parce que dans le cas de telles promeſſes de vendre, louer, échanger, il eſt permis de ſe repentir, juſqu'à ce que le contrat en ſoit paſſé, ſuivant la conſtitution de Juſtinien, qui décide qu'un contrat n'eſt point parfait, qu'il ne ſoit entiérement expédié & mis au net.

4. Néanmoins j'eſtime que, dans telles occaſions, il faut admettre la preuve par témoins, par double raiſon; la pre-

---

aliiſque doctoribus, ſæpè fit mentio, quod & videre eſt in omnibus contractibus, quorum executio in alterius arbitrium confertur, de quibus infinita ſunt in jure exempla. *a* Atque ità hi ferè omnes contractus alium contractum deſiderant, ut ecce: Promitto tibi vendere fundum meum, pro centum aureis; nemini enim dubium eſt, hanc conventionem ſcribi debere, ex hâc regiâ noſtrâ conſtitutione.

a *L. final. C. de contrah. empt. & vend. l. Si cotta, & l. Societatem, ff. pro ſocio, l. Si libertus, 2 ff. de oper. libert. L. Si quis arbitratu, ff. de verb. Obligat.*

2. Sed ſi poſtquàm ſcripta fuerit, fundus penès eum, cui venditio pollicita fuerat, certo poſt tempore reperiatur, & cùm ab eo vindicetur, excipiat fundum ſibi venditum fuiſſe pro centum aureis, venditionem tamèn ſcriptam non habens, numquid teſtibus probare poterit venditionem ſibi factam fuiſſe, cùm jam habeat promiſſionem ſcriptam de vendendo?

3. Quod primâ facie non videretur dicendum, cùm in his promiſſionibus de vendendo, de locando, de permutando, & aliis ſimilibus imperfectis conventionibus, pœnitentia, ad perfectum uſque contractum, admitti videatur, ex vulgatâ Juſtiniani conſtitutione, *b* quæ nonnisì contractus in mundum redactos, perfectos exiſtimat.

b *In l. Contractus, C. de Fid. inſtr.*

4. His tamèn non obſtantibus, puto teſtium probationem, his caſibus,

miere, parce que l'acheteur a déja pour lui la promeſſe qui lui a été faite de lui vendre cet héritage : ainſi on préſume aiſément que la propriété lui en a été livrée à cauſe de cette obligation de lui vendre, dont il appert par écrit, laquelle cauſe ayant précédé, fait que ce qui pouvoit être révoqué en doute, paſſe pour véritable, comme décident Accurſe, & Paul de Caſtres dans le cas d'une reconnoiſſance faite hors jugement, laquelle tient lieu de preuve, ſi elle a une cauſe précédente, qui ſoit certaine; ce que l'empereur ſemble confirmer par un même motif d'équité, quand il parle d'une reconnoiſſance qui a une cauſe précédente. L'autre raiſon ſe tire de ce que cette perſonne à qui on a promis de vendre, ſe trouve effectivement en poſſeſſion de la choſe en queſtion ; car cette poſſeſſion fait préſumer que la propriété lui en a été abandonnée, ſuivant la Conſtitution d'Antonin ; & cette poſſeſſion de l'acquéreur fait préſumer qu'il en eſt le propriétaire, dit Ulpien, & rejette la preuve du contraire ſur le demandeur : c'eſt pourquoi, ſi le demandeur qui revendique ce fonds, veut prouver que cette promeſſe de vendre a été révoquée par une volonté contraire, ou s'il dit que l'acquéreur s'en eſt départi en quelqu'autre maniere, il n'y a point de doute qu'en ce cas le poſſeſſeur de ce fonds ne puiſſe, de ſa part, prouver par témoins, que la vente a été

---

admitti debere, duplici ratione: unâ quòd jam ſcriptam de vendendo promiſſionem poſſeſſor pro ſe habeat, ideòque, hoc titulo, dominium rei penès ſe tranſlatum fuiſſe facilè præſumatur, propter præexiſtentem cauſam venditionis, de quâ jam ſcriptis conſtat: quæ quidèm cauſa præexiſtens, ſubſiſtere facit, quod aliàs in dubium revocaretur, ut in ſimili docent Accurſius, *a* & Paulus Caſtrenſis, *b* de confeſſione partis extrà judicium factâ, quæ probationem adfert, ſi præexiſtentem cauſam jam probatam habeat. Quod imperator, *c* ex ſimili æquitate, confirmare videtur, cùm de confeſſione cauſatâ loquitur. Altera ratio eſt, ex poſſeſſione rei quæ reperitur penès eum, cui pollicitatio facta erat de vendendo : hæc enim poſſeſſio inducit præſumptum dominium contrà vindicantem, ex conſtitutione Antonini: *d* illa enim poſſeſſio, facit præſumi dominuim penès eum eſſe qui poſſidet, ex ratione Ulpiani, *e* qui reo poſſidente, in actorem onus probandi dominii transfert : idèoque ſi actor, qui vindicat fundum ità poſſeſſum, conetur probare forſitàn ſupradictam promiſſionem de vendendo pœnitentiâ revocatam fuiſſe, aut alitèr ab eâ diſceſſum; non eſt dubium ipſum poſſeſſorem teſtibus probare poſſe,

a *In l. unic. C. de Conf.*
b *In l.* 1, *ff. eod.*
c *In l. Generaliter, C. de non num. Pecun.*
d *L. Poſſeſſiones, C. de Probationibus.*
e *In L. Circà Cod. eodem, cum ſimilibus.*

conſommée

consommée verbalement, ainsi que l'on en étoit convenu.

5. Je passe plus loin ; car, si ce possesseur est évincé de la possession qu'il avoit prise en vertu de cette promesse de vendre, non-seulement il aura l'action *triticiaria*, pour la recouvrer, mais encore l'action publicienne pour se faire réintégrer dans la propriété ; & s'il est réduit à prouver qu'il y a eu une vente en conséquence de cette promesse, il pourra la prouver par témoins.

6. Et quant à la maxime vulgaire qui dit que l'on peut se départir d'un contrat qui n'est pas encore parfait, ni mis au net, elle ne peut être opposée ; car ceux-là se trompent qui croient que cette maxime a lieu dans les conventions dont il s'agit, qui portent promesse de vendre, louer, échanger, & autres semblables, & qu'il est permis de s'en repentir ; ce qui est entiérement faux ; car ces sortes de contrats sont parfaits entiérement, quoique, pour leur entiere exécution, ils requierent un autre contrat : c'est pourquoi Bartole & Balde les appellent des *contrats innommés*, dans lesquels il n'est pas permis de se repentir, quoique régulièrement cela soit permis, quand le contrat innommé n'est pas accompagné d'une stipulation ; ce qui a son exécution, à l'égard des conventions en question, qui, parce qu'elles désignent & font partie d'un contrat cer-

---

venditionem verbalitèr completam fuisse, juxtà promissa.

5. Imò, ulteriùs dico, quòd si possessor iste à possessione, nomine hujus promissionis cœptâ, cadat, non tantùm ad ipsam possessionem convincendam triticariâ *a* admittetur, sed etiàm ad quasi-dominium vindicandum, publicianâ rectè experietur: *b* & si venditionem probare cogatur, testibus uti poterit, propter juris præsumptionem, ex hujusmodi promissione scriptâ sibi quæsitam.

a *L. Sed & ei, ff. de Condict. tritic.*
b *L. 1, & sequent. ff. de Public.*

6. Nec obstat vulgata illa decisio, quæ vult, ex contractu imperfecto, & nondùm in modum redacto, impunè recedere non posse, *c* & pœnitere : quià allucinantur ii, qui putant theoricam illam, locum habere in superioribus contractibus, promissionem de vendendo, locando, permutando, & similitèr contrahendo, habentibus, atque in his pœnitentiam recipi, hoc enim omninò falsum est : nam contractus illi, in suâ pactione perfecti sunt, tametsi alterius contractûs implementum desiderent. Ideòque Bartolus & Baldus *d* vocant illos contractus, innominatos, in quibus pœnitentia non admittitur; quamvìs regularitèr, contractus innominati, stipulatione non vestiti, pœnitentiam recipiant. *e* Fallit tamen in istâ specie contractuum innominatorum, eò quòd conjuncti

c *In L. Contractus, C. de Fid. instr.*
d *In l. Quamvis, C. de Transs.*
e *L. Explicio, C. de rer. Permut. L. Si pecun. ff. de Condict. caus. dat.*

tain, & qui avoit un nom, comme d'un contrat de vente, bail à loyer, dont l'exécution eſt de néceſſité, quand on en eſt une fois convenu, ainſi que ſemble dire le juriſconſulte Celſus, quand il dit que ſi l'on n'a fait qu'une promeſſe de vendre, c'eſt parce que l'on avoit une raiſon de ne point faire un contrat de vente; c'eſt pourquoi ce n'eſt qu'un ſeul contrat, quoiqu'il ſemble qu'il en requiert un autre pour être entiérement parfait: ainſi le repentir, ou changement de volonté, n'y peut avoir lieu.

7. D'où je conclus que la preuve par témoins doit être aiſément admiſe, quand il s'agit de prouver un pacte non écrit, qui dépend, & qui fait partie de l'exécution d'une convention écrite, parce qu'il y a quelque choſe d'écrit, ſi ce n'eſt qu'il y eût lieu de ſoupçonner quelque dol; ce que le juge pourra aiſément reconnoître par la qualité de l'affaire & des perſonnes.

8. Mais que ſera-ce à l'égard de la preuve des choſes qui viennent en exécution d'une écriture privée, comme dans certaine eſpece qui m'a été propoſée. Un marchand de Niort avoit fait un billet à un marchand de Languedoc, en ces termes: *Je confeſſe devoir à tel marchand cinq cens écus pour douze ſacs de paſtel que je dois recevoir à Niort.* Ce marchand de Niort, qui avoit fait la promeſſe, vint à mourir: le créancier demanda les cinq cens écus à ſes héritiers qui répliquerent que cette marchandiſe n'avoit

---

ſunt nominato contractui, cujus executio neceſſaria eſt, ut videtur ſentire Celſus, *a* cùm ait, magis ob cauſam promiſſum eſſe, quàm venditum, ideòque unus contractus, alterius implementum conjuncti deſiderare videtur *b*: igitur pœnitentia non admittitur.

7. *c* Ex his concludo, probationem per teſtes facilè admitti poſſe, in pactionibus non ſcriptis, quæ ab executione contractuum jam ſcriptorum omninò dependent, cùm pro iis jam ſit ſcripta conventio: niſi in contrarium oriatur ſiniſtra ſuſpicio: quod bonus judex ex negotiorum, vel perſonarum qualitate, facilè arbitrari poterit.

8. Sed quid in his quæ pendent ab executione privatarum ſcripturarum, numquid idem judicandum erit? Ut ecce exemplum mihi propoſitum: Mercator quidam Niortenſis, cuidam Hoccitano mercatori hoc chirographum dedit: Confiteor me debere quinquaginta aureos tali mercatori, pro duodecim ſaccis glaſti, ſeu ut vulgò dicitur, paſtelli, quos apud Niortum recipere debeo: deinde moritur mercator, petuntur ab ejus hærede quinquaginta aurei, per mercatorem Hoccitanum: excipit hæres, glaſtum

a *In L. fin. ff. cod. Bart. in l. Ex empt. num. 6, ff. de act. empt.*

b *L. Si ſterilis, §. Si tibi, de act. empt.*

c *In L. Labeo ſcribit, ff. de contrah. empt.*

pas été livrée, & qu'ainſi la promeſſe, n'ayant pas été exécutée de la part du créancier, étoit nulle.

9. On demandoit s'ils pouvoient être admis à faire la preuve de ce fait par témoins? J'ai répondu qu'il les falloit admettre, tant parce que cette livraiſon n'étoit que l'exécution de cette promeſſe par écrit, ſuivant les raiſons ci-deſſus, que parce que cette livraiſon ſe pouvoit faire ſans acte par écrit, ſçavoir par ceux qui étoient prépoſés pour faire le négoce de ce marchand de Languedoc, ou ſur ſa ſimple Lettre, comme on a coutume d'en uſer entre marchands qui peuvent contracter, c'eſt-à-dire obliger les autres, & s'obliger eux-mêmes par l'entremiſe de leurs inſtituteurs ou commiſſionnaires, comme il eſt vulgaire en droit; & je crois qu'il faut dire la même choſe en pareille occaſion, lorſqu'il s'agit de l'exécution d'une convention écrite, ſi ce n'eſt que le juge ne s'apperçoive de quelque choſe qui puiſſe l'empêcher de permettre cette preuve.

---

non fuiſſe receptum, ideòque chirographum effectum non habuiſſe.

9. Numquid receptio teſtibus probari poſſit: Reſpondi poſſe; tùm, quòd receptio eſſet duntaxàt promiſſionis jam ſcriptæ executio, rationibus ſuprà poſitis: tùm etiàm, quià talis executio, etiàm ſine contractu, perfici poterat per inſtitores, aut nuncium mercatoris, ut ſolet fieri inter mercatores, qui per inſtitores, exercitores, & nuncios, obligare & obligari ſolent: ut jure nimis eſt vulgatum. *a* Et idem puto judicandum in aliis ſimilibus negotiis, executionem conventionis jam ſcriptæ reſpicientibus, ſi modò non videat bonus judex nonnihil iniquitatis, quod animum ſuum in contrariam æquitatem dimovere poſſit.

a In l. Sed & ſi pupillus. & Item ſi plures, & fin. C. toto fere titul. ff. & C. de inſtit. act.

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE X.

SOMMAIRE.

1. *Principe de droit Romain au ſujet des conventions.*
2. *La promeſſe verbale, ou par écrit de vendre, eſt une vente.*
3. *Cette promeſſe peut devenir nulle, auſſi-bien que le contrat de vente, en certains cas.*
4. *Quand la tradition ou la poſſeſſion ont ſuivi la promeſſe de vendre, on préſume la vente en faveur du poſſeſſeur.*

5. Idem : *Si avant que le contrat de vente ſoit parfait, le vendeur a mis l'acquéreur en poſſeſſion.*

6. *Exception, ſi, dans la promeſſe de vendre, il eſt ſtipulé qu'il ſera paſſé un contrat.*

7. *L'exécution d'une convention verbale oblige comme ſi elle étoit rédigée par écrit.*

8. *Eſpece rapportée par Vrevin, conforme à celle rapportée par Boiceau.*

1. BOICEAU parle, dans ce chapitre, des conventions qui requierent un autre acte pour leur perfection, ſoit que ces conventions ſoient rédigées par un acte public & authentique, ou dans un acte ſous ſeing privé. Cette queſtion dépend des principes du droit Romain qu'il faut établir. En droit, toute convention ſe pouvoit faire ſans écrit ; & la loi 17, *C. de Pactis*, dit qu'en ce cas le pacte verbal ſe pourra prouver en quelqu'autre maniere que ce ſoit.

Sivè ſcriptis ſivè ſinè ſcriptis, inſt. de empt. & vendit. Neque ſcripturâ opus eſt inſtr. §. 1, de Oblig. ex conſenſu.

2. Or la promeſſe de vendre une choſe, ſoit qu'elle ſoit verbale, ou par écrit, eſt effectivement une vente ; car elle eſt obligatoire de part & d'autre, parce que celui qui a promis de vendre, eſt tenu de livrer ce qu'il a vendu ; & celui qui a promis d'acheter, eſt tenu de le payer : *Quod ab initio ſponte ſcriptum, aut in pollicitatione deductum eſt, hoc ab invitis compleatur, l. ult. Cod. ad Velleian.* Il ſuffit donc que la promeſſe de vendre ſoit parfaite en elle-même, comme ſi elle eſt ſignée du vendeur.

3. Néanmoins, s'il arrive quelque changement, cette promeſſe peut devenir nulle, & n'être point exécutée, puiſque même, quand un contrat de vente eſt ſigné, il peut arriver telle choſe qu'il ſera permis à l'acquéreur de s'en départir. Il y en a une eſpece dans la loi 17, §. 1. *D. de Periculo & comm. rei vend. antè pretium ſolutum, dominii quæſtione motâ, pretium emptor ſolvere non cogetur, niſi fidejuſſores idonei à venditore ejus evictionis offerantur.* Le péril prochain de l'éviction étant une juſte cauſe à l'acheteur de ne point payer le prix que le vendeur ne lui donne caution, faute de quoi le contrat eſt réſolu.

4. Mais, quand après une promeſſe de vendre, rédigée par écrit, il y a eu tradition de la part du vendeur, &

que l'acquéreur ſe trouve être en poſſeſſion, il y a lieu de croire que le contrat de vente a été conſommé & exécuté verbalement, & le prix délivré, parce que la préſomption eſt pour celui qui eſt en poſſeſſion.

5. Il en faut juger de même, ſi, avant qu'un contrat de vente ſoit parfait, le vendeur a livré la choſe qu'il veut vendre; car cette tradition étant faite, parce que le vendeur a effectivement deſſein de vendre; cette choſe, dès ce moment, appartient à l'acquéreur, & eſt à ſes riſques, s'il arrive quelque dommage; & le contrat de vente par écrit ne ſert plus que pour donner une action parée à l'acheteur & au vendeur, parce que cette tradition emporte une vente.

Quid ergò ſi inſtrumento emptionis nondùm abſoluto à venditore res ſit tradita, verius eſt rei dominium tranſlatum eſſe, quià eo animo res tradita fuit ut ſtatim fieret accipientis, illiuſque periculo eſſet. Traditio namque ex juſtâ causâ, etiàm non interveniente ſcripturâ ſufficit, ut dominium tranſferatur. Péréſius, tit. 21, *de Fide inſtr. l.* 4, *C.* n'excepte qu'un ſeul cas où le contrat de vente eſt néceſſaire, qui n'eſt plus d'uſage parmi nous. *Vid. ibid.*

6. Si néanmoins il eſt ſtipulé dans la promeſſe de vendre, qu'il ſera paſſé un contrat de vente; en ce cas, comme on eſt convenu de paſſer un contrat par écrit, il faut l'exécuter; & le fait qu'il a été paſſé, ne ſe peut prouver par témoins contre la prohibition de l'ordonnance, & au préjudice de la volonté des parties qui l'ont ſtipulé; & c'eſt ainſi qu'il faut diſtinguer ce que Boiceau dit dans ce chapitre [*].

7. Pour ce qui eſt de l'eſpece que rapporte Boiceau à la fin de ce chapitre, ſa déciſion eſt juſte; & Vrevin, chapitre 17 de ſes Obſervations ſur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, dit auſſi que, quand il y a eu une convention verbale, & qu'elle a été exécutée, la preuve

[*] Peut-être ce que Danty dit ici ne paroit-il pas fort clair; ou du moins ne ſe préſente pas dans ſon véritable ſens. Boiceau a décidé dans le Chap. précédent, n° 2 & ſuivans, que, lorſqu'une perſonne eſt en poſſeſſion d'un héritage & qu'on veut le revendiquer ſur lui, s'il produit une promeſſe qui lui a été faite par le propriétaire de cet héritage de le lui vendre, alors cette promeſſe de vente, jointe à ſa poſſeſſion, doit lui ſervir de commencement de preuve par écrit, qui le faſſe admettre à la preuve par témoins de la vente. Danty admet cette déciſion; mais il excepte le cas où la promeſſe de vendre porteroit qu'il ſeroit paſſé un contrat de vente par écrit, parce que les parties ayant déclaré que leur volonté étoit qu'il fût paſſé un acte pardevant notaires, on ne doit pas croire que la vente ſe ſoit enſuivie, ſi cet acte devant notaires ne paroît; & il y a lieu de penſer, lorſqu'on ne le repréſente pas, que leur deſſein n'a pas été accompli, ou qu'elles ont changé de ſentiment. M. Potier penſe que, même dans le cas auquel la promeſſe de vendre ne porteroit pas qu'il ſeroit paſſé contrat devant notaires, le juge devroit être très-réſervé à la regarder comme un commencement de preuve teſtimoniale de la vente, & qu'il ne devroit pas l'admettre, ſi l'héritage étoit un peu conſidérable; n'étant pas préſumable qu'on vende un héritage un peu conſidérable verbalement, & ſans en faire un acte, part. 4, ch. 2, art. 4.

par témoins eſt permiſe de l'exécution de cette convention. Charondas, liv. 3. réponſ. 52, dit qu'en ce cas l'exécution oblige, & qu'il a été jugé ainſi à l'égard d'un fermier qui avoit joui, en conſéquence d'un bail verbal, par arrêt du 13 Juillet 1573.

8. Le même Vrevin, chapitre 26, *ibidem*, rapporte une autre eſpece ſur ce ſujet. Un marchand de Chaulny avoit donné une promeſſe à un marchand de Noyon, conçue en ces termes : *Je confeſſe devoir cent cinquante livres à tel marchand, pour cinquante ſeptiers de bled que je dois recevoir à Compiegne.* Quelque tems après, ce marchand de Chaulny décéda ; celui de Noyon demanda à ſes héritiers les cinquante écus : les héritiers diſoient pour défenſes, que le bled n'avoit point été livré, & que, par conſéquent, cette promeſſe n'avoit point eu d'exécution. Vrevin dit que la preuve de cette livraiſon devoit être admiſe, parce que cette livraiſon n'étoit que l'exécution de la promeſſe, laquelle livraiſon pouvoit être accomplie, même ſans contrat, par les facteurs du marchand qui en étoit tenu, ou par un ſimple voiturier [*].

[*] Le marchand de Noyon ayant pu ſe procurer une preuve par écrit de cette fourniture, comme un reçu, ou autre choſe ſemblable, je penſe qu'il devoit être exclus de la preuve teſtimoniale. Voyez la note du n. 14 des Addit. ſur le ch. ſuiv.

CHAPITRE XI.

Des Quittances.

SOMMAIRE.

1. *Si la preuve par témoins eſt reçue d'une quittance.*
2. *Raiſons des docteurs.*
3. *Opinion que l'ordonnance de Moulins ne doit être étendue aux quittances.*
4. *Raiſons pour ce ſentiment, tirées de la faveur de la libération qui ſe peut faire en pluſieurs occaſions ſans écrit.*
5. *Notamment entre marchands.*
6. *Inconvéniens, ſi l'on obſervoit l'ordonnance à la rigueur ſur ce ſujet.*
7. *Diſtinction quand on allegue qu'on eſt quitte en vertu d'une convention expreſſe, ou par quelque choſe d'équipolent.*
8. *Au premier cas, la preuve par témoins n'eſt recevable.*
9. *Mais elle eſt reçue au ſecond cas.*
10. *Eſpece d'un débiteur qui avoit fait pluſieurs payemens ſans écrit à un créancier.*
11. *La preuve par témoins recevable en ce cas.*
12. *Réponſe aux objections contre cette opinion.*
13. *Déciſion que la preuve par témoins eſt recevable pour prouver la libération, quand on n'allegue point qu'elle ſoit fondée ſur une convention expreſſe.*

1. LA derniere queſtion de ce Traité regarde les quittances & décharges, dont nous avons déja touché quelque choſe en général, en parlant des conventions tacites ; mais nous n'avons pas traité la queſtion préciſément : on demande donc ſi l'on peut prouver le fait d'une quittance qui excede cent livres, par témoins ; ce qui peut

---

1. POSTREMA quæſtio, erit de liberatoriis, de quâ nonnihil attigimus, cùm de pactis tacitis ageremus : ſed non ſpecialitèr ſatìs. Numquid ergò ſi liberationes centum libras excedant, teſtibus probari poterunt ? quod ſanè magnâ diſputatione carere non videtur ; nempè, ſciunt

faire beaucoup de difficulté ; car tout le monde ſçait quelle eſt en droit la faveur de la libération ; & l'on ſçait, au contraire, la maxime, que rien n'eſt plus naturel que de la même maniere qu'une obligation a été contractée, elle ſe doit auſſi réſoudre en la même maniere. Si donc l'obligation eſt par écrit, il ſemble qu'on ne peut prouver que l'on a payé cette obligation, qu'en rapportant une quittance par écrit ; & c'eſt ce que veut dire le juriſconſulte Pomponius, par ces mots : *De la même maniere que le contrat a été paſſé, il faut qu'il ſoit réſolu.*

2. De plus, le motif de cette ordonnance doit, ce ſemble, avoir lieu, auſſi-bien dans le cas où il s'agit de réſoudre & de ſe décharger d'une obligation qu'on a contractée, que dans le cas où il s'agit de la contracter, parce qu'il y a même raiſon, ſçavoir d'éviter les procès, & la ſubornation des témoins ; car un débiteur, qui ne deſire pas moins de ſe libérer de l'obligation qu'il doit, que le créancier a d'envie de s'en faire payer, ne manquera pas de tenter toutes ſortes de voies pour eſſayer de ſe mettre à couvert de la prohibition de cette ordonnance. Ainſi par ces raiſons & autres qu'il ſeroit trop long de rapporter, il ſemble qu'il faudroit décider indiſtinctement que cette ordonnance doit s'étendre aux quittances & décharges, notamment, parce qu'en France aucune Coutume, ni aucune

---

a *L. Arrianus, ff. de Act. & Obl.*

b *L. Nihil tàm naturale, ff. de Reg. jur.*

c *In l. Prout, ff. de Solutionibus.*

omnes quantus ſit in jure liberationis favor, *a* ſed ex adverſo, nemo etiàm negabit, ex vulgatâ juris regulâ, nihil eſſe tàm naturale, quàm unumquodque ſolvi eo ligamine quo colligatum eſt. *b* Si ergò obligatio contractu ſcripto celebrata fuerit, videretur quòd nonniſi contractu ſcripto, liberatio oſtendi poſſit, idque apertè ſentire videtur Pomponius, *c* his verbis : *Prout quiſque contractus eſt, ità & ſolvi debet.*

2. Prætereà ratio hujus regiæ conſtitutionis, eodem modo militare videtur, in liberando, quo, in obligando, ut ſcilicèt obviàm eatur litium anfractibus, factorum involutionibus, & teſtium ſubornationibus : debitor enim qui liberationem non minùs deſiderat, quàm creditor obligationis effectum, omnibus artibus, quibus poterit, conabitur ſe eripere à nexu & moleſtiâ creditoris, & indè omnia probandi genera exquirere, contrà genuinam iſtius legis intentionem. His rationibus, & aliis pluribus, quæ hìc prolixiores eſſent, videretur indiſtinctè dicendum, hanc Caroli ſanctionem, ad pacta liberatoria omninò extendi debere, & maximè quià omnes Franciæ Conſtitutiones, & Conſuetudines municipales, quæ de ſolemnitatibus contractuum ſub certis formis diſponunt,

Ordon-

Ordonnance ne fait différence entre la forme & les ſolemnités d'un contrat obligatoire, & celle d'une quittance, & qu'ainſi il n'en faut faire aucune entr'eux, dans le cas de cette ordonnance.

3. Néanmoins, nonobſtant cela, je ſerois d'avis qu'elle ne doit pas être obſervée avec tant de rigueur en matiere de quittances & de décharges, qu'en matiere de contrats, & j'ai entendu dire qu'il a même été jugé au parlement de Paris, qu'elle n'avoit pas lieu en matiere de certaines quittances; ce que je n'oſerois pourtant affirmer.

4. Mais afin de mieux entendre la queſtion, il faut examiner combien de priviléges ſont accordés en droit, en faveur de la libération des débiteurs, & combien en cela les quittances & décharges ſont différentes de la formalité des contrats & des obligations dont l'eſſence, dit le juriſconſulte Paulus, conſiſte non-ſeulement dans les termes du contrat, & en ce qu'elles font paſſer à un autre la propriété d'une choſe qui nous appartient, mais particuliérement en ce que nous contractons dans l'eſprit & dans le deſſein de nous obliger une perſonne, au lieu qu'une quittance, ou décharge, ne requiert point une formalité ſi exacte; car elle ſe donne en pluſieurs manieres qui n'ont point lieu en matiere d'obligation, pour laquelle il faut un acte exprès; au lieu qu'une quittance ſe peut donner, ou

---

non diſtinguant, quoàd formam, & ſolemnitatem, contractus liberatorios ab obligatoriis, ideòque ab hâc lege diſtingui non debere videretur.

3. His tamèn non obſtantibus putarem, hanc ſanctionem non tàm rigidam exiſtimari debere in liberatoriis, quàm in obligatoriis, imò à nonnullis audivi in ſupremo ſenatu aliquandò judicatum fuiſſe, hanc legem in quibuſdam liberationibus locum non habere: quod tamèn adhuc firmare non auſim.

4. Sed ut quæſtio pleniùs diſtinguatur & intelligatur, conſideranda ſunt infinita privilegia, quæ liberationibus paſsìm à jure conceduntur, & quantùm diſtent à formâ & ſubſtantiâ obligationum: quarum ſubſtantia, inquit Paulus, *a* non ſolùm in verbis conſiſtit, & ut certum corpus quod noſtrum eſt, alterius faciamus, ſed ut eo animo contrahamus, quo expreſsè alium nobis obſtringamus. Liberationes autèm non adeò exactam deſiderant juris formam, & ſolemnitatem, nàm infinitis propè modis fiunt quibus non fieret obligatio: cùm obligatio non nisì per contractum expreſſum fiat communitèr, liberatio autèm, ex communi uſu intèr homines recepto, & pèr contractum, & ſinè contractu: imò lex recipit infi-

a *L. Obligationum ſubſtantia, ff. de Act. & Obl.*

par une convention, ou ſans aucune convention ; mais la loi admet beaucoup d'autres manieres de ſe libérer ſans convention expreſſe, comme par la ſimple énonciation entre les parties, par la ſimple reconnoiſſance faite hors jugement par le créancier, quoique ſans cauſe, comme dit Bartole & autres docteurs de ſon avis : elle ſe peut donner auſſi par une lettre, par un meſſager, par le regiſtre & papier journal du créancier qui fait preuve contre lui, par le changement ou novation d'un contrat en un autre contrat qui produit la décharge du premier contrat. Ajoûtez que même le créancier peut décharger ſon débiteur, quoique ce débiteur n'en ſçache rien, & même quoique ce ſoit malgré lui ; ce qui ne ſe peut en matiere d'obligation. De plus, la loi décharge le débiteur par le moyen de la délégation, de la confuſion, de l'acceptilation, de la compenſation & de la convention, ou pacte tacite, & autres manieres.

5. Car tous les jours les marchands ſe donnent des quittances verbalement, ou par la ſeule rature faite ſur leur livre de raiſon, ou par lettres qu'ils écrivent ; ce qu'ils appellent *parties virées*, ou *parties acquittées ;* & de tout cela on ne fait point d'acte par écrit, comme on a coutume de faire en matiere d'obligation.

6. J'ajoûte que ſi cette ordonnance étoit obſervée à la rigueur dans cette matiere, ce ſeroit mettre des obſtacles,

a *In L. Optimam, C. de Contrah. & commit. Stipulat.*

b *L. Tale pactum, ff. de Pact.*

c *L. Creditori, C. eod.*

d *In L. Publiâ, §. final. ff. depoſit.*

e *Ex notatis in L. Nuda ratio, ff. de Donat. L. Rationes, & L. Inſtrumenta, C. de Probat.*

f *L. 1, & l. Si Stichum, ff. de novat.*

g *Dict. l. Si Stichum, §. fin.*

h *L. Delegare, ff. de novat. l. Debitori, C. de Pact. l. Sicut, ff. de novat. §. Item per acceptilationem, Inſtit. Quib. mod. toll. obl.*

---

nitos alios liberationis modos, ſinè contractu expreſſo : ut per enunciationem intèr partes factam : *a* itèm per confeſſionem extrà judicium receptam : imò ſinè causâ, *b* ut ſentiunt Bartolus, & ſequaces : *c* itèm per ſimplicem nuncium, vel epiſtolam : *d* itèm ex ratione domeſticâ & privatâ creditoris, quæ contrà eum probare ſolet : *e* itèm ex mutatione unius contractûs in alterum, quo caſu, colligitur liberatio à primo contractu : *f* adde quòd inſcius & invitus liberari poſſunt, non autèm obligari : *g* prætereà, delegatione, compenſatione, & tacito pacto, ipſo jure liberatio contingit, *h* & aliis modis propè infinitis.

5. Nam & quotidiè intèr mercatores fiunt liberationes verbales, & in libris ſuis mercalibus cancellatis, & ex litteris miſſilibus intèr ſe mutuò factis, quas *partes verſas* intèr ſe vulgò nominant, & de his omnibus ſupradictis modis liberandi, non ſolent, bonâ ex parte, fieri contractus ſcripti, ſicut conſuetum eſt fieri pro obligationibus.

6. Addo, quòd ſi hæc regia lex ſtrictè & rigidè pro liberationibus obſervaretur ſicut pro obligationibus, infinita penè mercimonia & mutua

& faire naître nombre de petits procès dans plusieurs affaires qui se finissent tous les jours dans la société civile, de bonne foi, librement & simplement, particuliérement entre marchands; ensorte que cette rigueur de l'ordonnance seroit à charge au public, & particuliérement entre marchands, si l'on restraignoit si fort la preuve des quittances, qu'elle ne se pût faire que par écrit.

7. Ainsi, sauf meilleur avis, je croirois qu'il faut distinguer; car ou le débiteur soutient qu'il a payé, ou qu'il est quitte, & que ce payement, ou décharge, est porté dans un acte par écrit; ou il soutient qu'il est quitte, sans qu'il y ait eu de quittance ou acte par écrit; mais il dit qu'il est déchargé en une des manieres ci-dessus rapportées, qui équipollent à une quittance & décharge.

8. Au premier cas, s'il allegue une quittance, il doit la prouver par écrit, & la rapporter, parce que l'ordonnance veut que toute convention soit rédigée par écrit, & prouvée par écrit, parce que, comme il a été dit ci-dessus, celui qui a choisi cette maniere de contracter, doit s'imputer s'il n'a pas, en contractant, observé les formalités que la loi lui prescrit; & il est en mauvaise foi d'avoir mépriſé la solemnité prescrite par la loi, que personne ne doit ignorer.

---

negotia, quæ in hominum societatibus bonâ fide, & absque controversiâ usurpantur, & quæ liberè, nudè, & candido animo exerceri solent, infinitis incommodis & liticulis quotidiè afficerentur, & sic ex summo jure, summa injuria, quod absit, *a* nasceretur inter homines, & maximè inter mercatores, si liberationum probatio sic arctaretur, ut nonnisi scriptis probari posset.

a *L. Meminerint, C. Und. vir. l. 2, de indict. vid. toll. l. 1, C. de His qui vend. & em.*

7. Ideòque, salvo meliori judicio, putarem ità distinguendum fore: aut enim quis se solvisse vel liberatum esse contendit, solutionemque aut liberationem contractu expresso factam allegat; aut non per contractum expressum, sed uno, ex diversis accidentibus suprà citatis, aut similibus, ex quibus per æquipollens liberatio colligi & concludi potest.

8. Primo casu, scilicèt, si ex contractu expresè facto liberatio allegetur, nonnisì scriptis talem contractum probari posse mihi videtur, ex ratione hujus constitutionis regiæ, quæ vult, contractus mutuo consensu factos, nonnisì scriptis probari debere: quià, ut alibì suprà dictum est, ei qui viam expressi contractûs elegit, imputatur quòd formam contrahendi, à lege præscriptam, sequutus non fuerit, nec malâ fide carere potest, qui formam legis contempsit, *b* quam ignorare non potuit, eò quòd omnes scire tenentur quod publicum & notorium est.

b *L. Nobiliores, C. de commerc. & merc. l. Non dubium, C. de Leg.*

9. Au ſecond cas, quand il allegue qu'il eſt quitte, non pas parce qu'il a une quittance, mais par quelqu'autre maniere du nombre de celles ci-deſſus alléguées ; je crois qu'alors il doit être admis à le prouver, non-ſeulement par écrit, ſoit par actes publics, ou écriture privée, mais auſſi par témoins, nonobſtant cette ordonnance, parce que, comme nous avons dit ci-deſſus, de même que lorſqu'une écriture privée eſt déniée, on peut la prouver par témoins, & par comparaiſon d'écritures, & autres indices ; on peut faire la même choſe en matiere de quittances qui n'ont point été rédigées par écrit ; & toute ſorte de preuve doit être admiſe en ce cas, nonobſtant la rigueur de cette ordonnance, par deux raiſons ; la premiere, à cauſe de la faveur de la libération, ſi ſouvent recommandée en droit civil & en droit canon, qu'il n'y a rien de plus favorable, en telle ſorte que la rigueur du droit, qui a lieu quand il s'agit d'une obligation, eſt preſque entiérement remiſe, quand il s'agit de la libération, comme il eſt aiſé de voir par l'exception de l'argent non compté, qui étoit accordée en ce cas, laquelle duroit deux ans en matiere d'obligation, & en matiere de libération & de quittance, ne pouvoit être oppoſée après les trente jours.

L'autre raiſon eſt que cette ordonnance corrigeant le droit commun, & reſtreignant la preuve contre ſa diſpoſition préciſe, elle doit être renfermée dans ſon cas par-

---

a *L. Latæ culpæ, ff. de verb. ſign. f.*

9. *a* Secundo vero caſu, quando liberatio allegatur, non quidèm contractu expreſſo, ſed per accidens, & aliquo ex modis liberandi ſuprà allegatis, aut ſimilibus, putarem quòd non tantùm ſcriptis quibuſcunque, vel privatis, vel publicis, ſed etiàm teſtibus admitti deberet probatio, non obſtante hac Carolinâ conſtitutione : quià, quemadmodùm ſuperiùs diximus, ſcripturas privatas, ſi denegentur, teſtibus, & comparatione, aliiſque adminiculis adjuvari poſſe : ità etiàm in liberationibus, non expreſſo contractu factis, omne genus probationum admitti debere exiſtimarem, nec ſub rigore iſtius ſanctionis coarctari : duplici ratione, unâ, proptèr liberationis favorem, tantoperè à jure cùm civili, tùm canonico, *b* commendatum, ut nihil favorabilius inveniri poſſit : adeò ut rigor, qui in obligando exactè obſervari conſuevit, in liberando, omninò ferè remittatur, ut videre licet in exceptione pecuniæ non numeratæ, quæ de jure, ſi in obligationem competebat, in biennium uſque vires habebat, ſi verò in liberationem, triginta diebus finiebatur. *c*

b *Cap. Ex litteris extr. de Probat.*

c *L. In contractibus, §. Super cæteris, C. de non num. Pecun.*

Alterâ, quod hæc lex regia, & probationum reſtrictiva, contrà jus

ticulier qui ne regarde que les contrats, & elle ne doit pas être étendue aux choſes pour leſquelles on n'a point coutume de paſſer de contrats ni d'actes; car Ulpien ne veut pas qu'on étende une loi nouvelle, contraire au droit commun, particuliérement s'il y a diſparité de raiſon, comme en cette rencontre. C'eſt auſſi la déciſion de l'empereur Juſtinien, quand il dit *que ce qui n'a pas été ſpécialement exprimé par la loi nouvelle, qui corrige le droit ancien, ne doit point changer ce droit dans les autres diſpoſitions.* Or eſt-il que cette loi eſt faite particuliérement pour les contrats & obligations qui ont accoutumé de ſe faire entre les hommes, leſquels n'étant point rédigés par écrit autrefois, on s'efforçoit de les prouver par témoins, d'où naiſſoient une infinité de procès; ce qui donnoit occaſion à des ſubornations de témoins, ce qui a été cauſe qu'elle a ordonné que tous les contrats ſeroient rédigés par écrit: or nous avons déja fait voir qu'il y avoit un grand nombre d'obligations qui pouvoient être contractées, ſans paſſer un contrat exprès, comme dans les pactes tacites; le mandat, en certains cas ci-deſſus rapportés, & pluſieurs autres affaires ſemblables, du nombre deſquelles on doit auſſi mettre les quittances & décharges par identité de raiſon, parce que nous venons de prouver qu'elles ſe peuvent donner, même ſans contrat; d'où il s'enſuit que tous

---

commune, *a* intrà ſuos contractuum & diſpoſitionum cancellos, contineri debet, nec ad ea extendi, quæ communitèr in contractum deduci non ſolent: nimirùm Ulpianus, *b* legem novam, contrà jus commune latam, extendi vetat, & maximè ſi ſubſit diverſa ratio, ut hìc. Idemque ſentit imperator, *c* cùm ait: *Id quod ſpecialitèr lege correctivâ expreſſum non eſt, antiqua jura non mutare.* Atque, hæc lex ſpecialitèr facta eſt pro omnibus contractibus & actibus obligatoriis, inter homines fieri ſolitis: quos non ſcriptos, cùm partes teſtibus probare niterentur, hinc factorum involutiones litiumque anfractus, & teſtium falſificationes, ſequebantur: idcircò nullum contractum nonnisì ſcriptis probari poſſe conſtituit. At verò jam docuimus, infinitas obligationes inter homines naſci poſſe, ſinè contractu expreſſo, ut in omnibus pactis tacitis, itèm in mandato, certis caſibus ſuprà deductis, & in aliis pluribus negotiis, in quibus contractus, utplurimùm, adhiberi non ſolent: inter quæ ſi liberationem poſuerimus, nihil ab identitate rationis diſſentaneum affirmaverimus, cùm ſit jam probatum, infinitis propè modis, liberationem fieri poſſe ſinè contractu expreſſo.

a *L. final. C. de Hæret. & Manich.*

b *L. Si vero, §. de Viro, ff. Solut. mat. quemad.*

c *L. Præcipimus, C. de Appellat.*

cas où l'on peut décharger un débiteur ſans donner de quittance, ſont déja exceptés de cette ordonnance.

10. Et afin de rendre la choſe plus manifeſte, nous propoſerons une eſpece qui eſt arrivée ſouvent dans notre préſidial. Titius devoit à Caïus, par obligation, cinq cens écus ; Caïus, ou ſon héritier, demande à Titius le payement de cette obligation : Titius dit pour défenſe qu'il a payé la plus grande partie de cette ſomme à diverſes fois ; & entr'autres payemens par lui articulés, il dit que Caïus, ſon créancier, a reçu de pluſieurs de ſes débiteurs différentes ſommes ; ſçavoir vingt écus de Sempronius, trente de Lucius, cinquante de Cornélius, & autres petites ſommes ; & de plus, qu'il lui a envoyé auſſi par ſon valet trente ou quarante écus, & cela de bonne foi, tant ſur les lettres que Caïus lui écrivoit, que ſans écrit. De plus, Titius ſoutient que Caïus lui devoit vingt écus pour raiſon d'une autre affaire qu'il avoit compenſée verbalement avec ce qu'il lui devoit de ladite ſomme de cinq cens écus ; c'eſt pourquoi il demandoit de venir à compte de toutes ces ſommes, & offroit de payer le ſurplus ſur le champ, s'il en étoit dû. Caïus, de ſa part, dénioit preſque tous ces payemens, & ſoutenoit qu'ils ſe devoient prouver par écrit, parce qu'il s'agiſſoit d'une ſomme au-deſſus de cent livres, que l'on diſoit avoir été acquittée par des paye-

---

Undè, omnes caſus quibus liberatio ſinè contractu fieri poteſt, hâc lege comprehendi non debere, neceſſariò ſequitur.

10. Et ut exemplis res fiat manifeſtior, addemus quæſtionem, in palatio noſtro ſæpè propoſitam, quæ eſt hujuſmodi : Caïus, ſolemni obligatione, Titium habebat obligatum pro quingentis aureis. Hic creditor aut ejus hæres, à Titio debitum petiit ; Titius excepit, ſe diverſis ſolutionibus creditorii, majori ex parte, ſatisfeciſſe, & intèr alias ſolutiones, allegavit Caïum creditorem accepiſſe, nomine ſuo, à variis creditoribus Titii, diverſas pecuniæ ſummas, nempè viginti aureos à Sempronio, triginta à Lucio, quinquaginta à Cornelio, & denique alias ſummas, ab aliis minutatìm accepiſſe, itèm per famulum triginta, aut quadraginta, idque bonâ fide, & tàm ſcriptis miſſilibus litteris, quàm ſinè ſcriptis : prætereà, dixit Titius, Caïum creditorem, ei, ob aliud negotium, viginti debuiſſe, quæ in compenſationem, verbalitèr accepto tulerat : ideòque petiit debitor, mutuum ratiocinium haberi inter eos, offerens, quod reliquum eſſet, ſtatìm perſolvere. Caïus autèm denegavit omnes has ferè ſolutiones, & inſtitit, nonnisì ſcriptis hæc probari debere,

mens au-deſſous de cette ſomme, & que tous ces payemens ne faiſoient pourtant qu'une même ſomme, & étoient faits pour la même cauſe, &, par conſéquent, ne devoient être conſidérés que comme une ſeule & même ſomme, ſuivant la diſpoſition de droit, qui dit que pluſieurs ſommes payées en vertu du même titre, n'en compoſent qu'une ſeule, & que pluſieurs ſtipulations faites ſéparément pour une ſeule choſe, ne ſont qu'une ſeule ſtipulation.

11. On demandoit ſi toutes ſortes de preuves devoient être admiſes en cette rencontre ? J'ai répondu, ſuivant les raiſons ci-deſſus, qu'elles devoient être admiſes, particuliérement entre marchands, ou entre perſonnes qui ont accoutumé d'avoir pluſieurs affaires enſemble, comme entre amis, parens, voiſins, qui ont accoutumé de ſe prêter les uns aux autres, quand il n'y a point d'ailleurs de ſoupçons de fraude ; outre que l'on ne diſoit point qu'il y eût de quittance par écrit, mais qu'on alléguoit que la libération étoit acquiſe en vertu de pluſieurs faits, pour raiſon deſquels on n'a pas accoutumé de paſſer des contrats, à cauſe de la confiance mutuelle qui eſt entre les parties, & enfin parce que la libération ſe peut acquérir ſouvent ſans contrat, ainſi qu'il a été dit ci-deſſus.

12. Et quant à la maxime du juriſconſulte Paulus, qu'un

---

cùm ageretur de quantitate centum libras excèdente, quæ tametsì minutis ſolutionibus exſoluta diceretur, tamèn omnes hæ ſolutiones, ab unâ eâdemque ſummâ, & unâ eâdemque causâ, centum libras excedente, pendebant, ideòque non res diverſas, ſed unicam tantùm eſſe contendit: juris diſpoſitione dictante, diverſas ſummas non fuiſſe quæ ab eâdem causâ orirentur, *a* nec diverſas ſtipulationes, quæ de eâdem re factæ eſſent particulatìm. *b*

11. Querebatur numquid omne genus probationum admitti deberet ? Reſpondi, ex rationibus ſuprà citatis, probationem, & ſcriptis, & teſtibus, admitti debere, maximè inter perſonas ſimul negotiari ſolitas, ut inter mercatores, amicos, cognatos, & vicinos, qui ſæpè ſæpiùs in mutuum creditum ire ſolent, & inter quos ſiniſtra ſuſpicio non aliundè aſſertur: tùm quià hæ liberationes non expreſſo contractu factæ allegentur, ſed diverſis cauſis & accidentibus, pro quibus contractus expreſſus fieri non ſolet, ob mutuam partium fiduciam, quâ uti conſueverant : tùm etiàm in gratiam liberationis, quæ multis modis ſinè contractu naſci poteſt, ut ſuprà variis exemplis demonſtravimus.

12. Nec verò obſtat regula, *Nihil tam naturale*, *c* nec Pauli theo-

a *L. Si idem cum eodem, ff. de Juriſd. omn. jud.*

b *Arg. L. Scire debemus, ff. de verb. Obligat.*

c *L. Nihil tàm naturale, ff. de Reg. jur.*

contrat ſe doit réſoudre de la même maniere qu'il a été contracté, cela ne ſe doit entendre que du conſentement néceſſaire, à l'égard de la choſe vendue, ou à l'égard du prix dont on ne peut ſe départir que par un conſentement contraire au premier, & en reſtituant la choſe, ou rendant le prix ; mais cette maxime ne ſe doit pas entendre des formalités de l'acte, qui ne ſont pas néceſſaires pour ſe libérer, comme pour s'obliger, par la raiſon qu'il eſt plus aiſé de réſoudre un contrat que de le faire, comme dit dans un cas pareil le pape Innocent, quand il diſtingue ce qui eſt corporel de ce qui eſt ſpirituel. De plus, cette maxime ne dit pas qu'il faille obſerver les mêmes ſolemnités pour ſe libérer, que pour contracter ; car il ſeroit abſurde que celui qui eſt obligé pour cauſe de délit, s'en fît décharger en commettant un autre délit : donc ce mot *diſſoudre*, ſe doit entendre d'un acte équipollent, qui marque que l'on s'eſt départi du premier conſentement ; car il n'importe que la choſe ſe faſſe par équipollence, pourvu que les parties y conſentent ; ce qu'explique aſſez Accurſe ſur cette maxime du juriſconſulte Paulus : *Nous acquérons la libération preſque par la même maniere par laquelle nous nous obligeons.* De plus, quand la réſolution du contrat dépend de la volonté ſeule de l'une des deux parties, il ne faut pas tant de ſolem-

---

a *Indict. l. Prout, ff. de Solution.*

b *L. 2, Quando liceat ab emp. diſc. & l. Ab emptione, ff. de Pact.*

c *In capit. Inter corporalia, extra, de Tranſlat. epiſcop.*

d *L. 4, & ibi Bartol. ff Qui potior, in pignor.*

e *L. Ferè, ff. de reg. jur. & Can. Omnis, 27, qu. 2.*

rica, quæ vult contractum, prout factus eſt, eodem modo ſolvi debere, *a* nam hæc de ſubſtantialibus contractûs intelligi debent, ut de conſenſu, re, aut pretio venditionis, à quibus diſcedi non poteſt, niſi contrario conſenſu, re reſtitutâ, & pretio refuſo, *b* ſed non de formis & ſolemnitatibus, quæ non eodem modo obſervantur in ſolvendo, ſicut in obligando : hâc potiſſimùm ratione, quòd faciliùs deſtruatur contractus, quàm conſtruatur : ut in ſimili loquitur Innocentius papa, *c* cùm corporalia à ſpiritualibus diſtinguit. Adde, quòd hæc regula non docet omninò ſimilem formam obſervari in diſſolvendo, quæ in obligando : nempe abſurdum eſſet, ut is qui ex delicto obligatur, alio delicto liberaretur. Ideòque, ſanè intelligendum eſt, hoc verbum (*diſſolvi*) ex actu æquipollenti, quo mutuo conſenſu diſcedatur à primo contractu. Non refert enim ex æquipollentibus quid fiat, ſi partes conſentiant : *d* quod ſatis explicat Accurſius, in regulâ Pauli *e* quâ dicit, *Ferè quibuſcunque cauſis obligantur ; iiſdem nos liberari.* Prætereà, quando diſſolutio contractûs pendet à ſolâ voluntate unius contrahentium, non tantâ opus eſt ſolemnitate in ſolvendo, quâ in obligando : quià illius ſolius, cujus intereſt, voluntate, contractus diſſolvitur, & ab eo receditur : ut patet, in eo qui ſolo animo poſſidet,

n'té

mité pour payer & s'acquitter, que pour s'obliger, parce que le contrat eſt diſſous par la volonté ſeule de celui qui y a intérêt, ainſi qu'il paroît en la perſonne de celui qui poſſede, par la ſeule intention de poſſéder, lequel, ceſſant d'avoir cette intention de poſſéder, ceſſe auſſi de poſſéder : or eſt-il que la libération d'une obligation conſiſte particuliérement en ce que le créancier a le deſſein & la volonté que le débiteur lui ſoit obligé. Donc ſi le créancier reconnoît par quelque fait ou parole, qu'il ne veut pas que ce débiteur lui demeure obligé davantage, il n'y a point de doute que ce débiteur ne demeure déchargé, même malgré lui.

13. Il faut donc conclure qu'à l'égard de la libération, il ne faut pas obſerver les mêmes formalités qu'en matiere d'obligation, parce que la libération ne dépend que de la volonté d'une ſeule perſonne. Autre choſe eſt dans les cas où eſt requis le conſentement réciproque des deux parties, & telle eſt la diſtinction judicieuſe que fait Albéric ſur l'explication de cette maxime ; d'où j'infere que la preuve par témoins doit être admiſe dans le cas de libération ſi on allégue qu'elle eſt acquiſe autrement que par un pacte par écrit, comme il peut arriver en pluſieurs manieres ci-deſſus expliquées, & autres ſemblables ; ce que je dis, ſauf meilleur avis, & en attendant que les arrêts du parlement aient décidé le contraire.

ſolo enim affectu non poſſidendi, deſinit poſſidere ; *a* atqui liberatio ab obligatione, conſiſtit principalitèr in affectu & animo ſolius creditoris, ideòque ſi facto vel verbo profiteatur debitorem *b* ſibi non teneri, non eſt dubium, ipſum debitorem, etiàm nolentem, liberatum eſſe. *c* Sequitur ergò in liberationibus, non eandem formam obſervari debere, quæ in obligationibus, cùm à voluntate unius tantùm pendeant liberationes : ſecus in iis quæ ab utriuſque conſenſu & voluntate dependent ; & ità optimè diſtinguit Albericus, in explicatione dictæ regulæ.

a *L.* 3, §. *In amittendâ*, *ff. de acquir. Poſſeſſ.*

b *L. Tale pactum*, *ff. de Pact.*

c *L. Si Stichum*, §. *fin. ff. de Novat.*

13. *d* Ex his ergò infero, liberationem etiàm teſtibus probari poſſe, ſi alitèr quàm per contractum expreſſum facta proponatur, ut in exemplis ſuprà poſitis, & aliis ſimilibus. Quæ, ſalvo meliori judicio, dicta ſint, & donec ſanctiorem ſacri ſenatûs analyſim audiverimus.

d *L. Nihil tàm naturale*, *ff. de Reg. jur.*

ADDITIONS SUR LE CHAPITRE XI.

SOMMAIRE.

1. *Diſpoſition de la loi* Teſtium facilitatem, *au ſujet de la preuve d'un payement articulé ſans quittance, quand l'obligation eſt rédigée par écrit.*
2. *La perte de la quittance par cas fortuit, ſe peut prouver par témoins.*
3. *Pourquoi, nonobſtant la faveur de la libération, le droit Romain requeroit tant de conditions, en ce cas, pour aſſurer la foi des témoins.*
4. *Les arrêts différens ſur cette matiere.*
5. *Opinion de le Grand ſur la Coutume de Troyes.*
6. *Diſtinction de Boiceau ſur cette queſtion, quand on articule qu'il y a eu une quittance, ou qu'on prétend être quitte par quelqu'autre moyen.*
7. *Exception à ajoûter à cette diſtinction.*
8. Quid ? *en matiere de confuſion d'actions.*
9. Quid ? *en cas de compenſation.*
10. *Exception en ce cas, quand on a payé à l'acquit de celui qui étoit créancier ſans convention par écrit. Uſage des marchands.*
11. *Du pacte tacite, qui emporte la libération.*
12. *Il faut articuler le dol contre un créancier qui dénie un payement, ſuivant le conſeil de Boiceau.*
13. *Qualité des témoins, quand on recoit la preuve d'un payement.*
14. *Régulièrement cette preuve n'eſt admiſſible, quand il y a un titre par écrit de la dette.*
15. *Ordonnances & Statuts des pays étrangers, concernant la preuve des payemens.*
16. *Le Statut de Bologne admet la preuve par témoins. Réflexion de Montérentius ſur ce Statut.*
17. *De la preuve de la novation, & de ſes différentes eſpeces.*
18. *De la preuve de l'uſure.*
19. *Preuve par témoins d'une dette, n'eſt pas reçue à Bologne. Raiſon de ce Statut, rapportée par Montérentius.*

20. *Ordonnances de Portugal ſur la preuve des payemens. Limitations de ces ordonnances.*
21. *Statut de Milan ſur la preuve des payemens. Réflexion de Carpanus ſur ce ſujet.*
22. *Uſage des Pays-bas conforme au nôtre.*

LA queſtion que propoſe Boiceau dans ce dernier chapitre, mérite d'être éclaircie, parce qu'elle eſt fréquente dans l'uſage & qu'il l'a décide contre la prohibition de l'ordonnance, en y admettant la preuve par témoins.

1. Suivant le droit Romain, le fait du payement d'une obligation par écrit ne pouvoit réguliérement être prouvé par témoins, *quia contrà ſcriptum teſtimonium, non ſcriptum non admittitur;* auſſi la loi *C. de Teſtibus*, qui a enfin permis cette preuve, demande cinq témoins irréprochables : *Idonei ſummæ atque integræ opinionis, cum ſacramenti religione.*

2. Et s'il y a eu une quittance par écrit, mais qu'elle ait été perdue par accident, comme par un incendie ; en ce cas, dit la loi, *cauſam peremptionis probantibus*, après avoir prouvé la cauſe de cette perte, (par exemple, l'incendie,) il leur ſera permis de prouver par témoins, qu'ils ont effectivement payé la dette.

3. Et la novelle 90 ajoûte à la loi 14, ci-deſſus, en ce qu'elle ordonne que les témoins qui dépoſent d'un payement fait d'une obligation ou promeſſe par écrit, aient été appellés exprès par le débiteur, pour être préſens au payement qu'il a fait ; ce qui marque la différence que fait la loi à l'égard de cette preuve, quand il s'agit d'un payement, de tout autre cas, puiſqu'elle demande un plus grand nombre de témoins, & qu'elle veut qu'ils ſoient irreprochables, & appellés exprès lors du payement, parce que, quoique la libération ſoit très-favorable en droit, néanmoins ce ſeroit une injuſtice de décider au préjudice du créancier, quand il rapporte ſon obligation, ou promeſſe, & que le débiteur, au contraire, n'oppoſe que la dépoſition des témoins, pour prouver ſa décharge, laquelle preuve réguliérement ne devroit être admiſe en ce cas, ſuivant la maxime, *Contrà ſcriptum teſtimonium*, comme a été dit ci-devant ; à quoi il faut ajoûter qu'il ne faut pas que la faveur de la libération nous faſſe violer le premier

Teſtium facilitatem per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout poſſibile eſt reſecantes omnibus prædicimus, ut qui in ſcriptis à ſe debita retulerint, non facilè audiantur, ſi dicant omnis debiti vel partis ſolutionem ſinè ſcriptis ſe feciſſe, velintque viles & forſan redemptos teſtes pro hujuſmodi ſolutione, producere, &c. Cùm ad hoc teſtes aſſumpti ſunt ; vana autem illa & veluti per tranſennam atque obitèr concepta teſtimonia, nullâ ratione obtineant.

précepte de la juſtice, qui eſt de ne point ôter à chacun ce qui lui appartient, en admettant la preuve par témoins que l'ordonnance a réprouvée elle-même à l'égard des conventions, cette preuve étant auſſi périlleuſe en matiere de payement, qu'en matiere de conventions, ainſi que Boiceau le reconnoît lui-même.

4. Auſſi les arrêts intervenus depuis l'ordonnance de Moulins, ont varié ſur cette queſtion, ſuivant les circonſtances. Boniface, liv. 8, tit. 27, chapitre 3, en rapporte un du 20 Décembre 1640, qui rejetta la preuve teſtimoniale des payemens qu'on articuloit avoir été faits à pluſieurs fois, quoique ces payemens fuſſent au-deſſous de cent livres, parce qu'on regarda cette demande comme un artifice pour éluder la diſpoſition de l'ordonnance: auſſi, ſi cela étoit permis, il n'y auroit point de débiteur qui ne pût ſe libérer par la dépoſition de deux témoins qui pourroient articuler avoir vu faire différens payemens au-deſſous de cent livres; ce qui ne doit pas, par conſéquent, être admis.

Le même Boniface, chap. 4, rapporte un arrêt contraire, par lequel la preuve par témoins fut reçue du payement d'une ſomme de quatre-vingt-ſeize livres, ſur un compte de cent ſoixante-ſeize livres que le débiteur devoit par acte authentique; mais en cette eſpece il ne s'agiſſoit que de la preuve du payement d'une ſomme au-deſſous de cent livres, outre qu'il y avoit des circonſtances particulieres; & au chap. 5, il en rapporte un autre du 18 Mai 1645, dans l'eſpece d'un prêt à uſage, appellé en droit *commodatum*, (pour le diſtinguer de celui qui s'appelle *mutuum*, ou prêt ſimplement,) lequel arrêt reçut la preuve d'un payement au-deſſus de cent livres, à cauſe qu'il s'agiſſoit d'un office d'ami envers un ami, & que la bonne foi empêche ſouvent de prendre une quittance.

Le Journal du Palais, livre 8, rapporte un arrêt du mois d'Août 1682, qui admit la preuve par témoins du payement d'une obligation excédant cent livres, que le créancier repréſentoit; c'étoit un commis, lequel étoit décédé ſans en avoir fait aucune pourſuite.

Baſſet rapporte auſſi un arrêt du parlement de Grenoble, tome 1, liv. 2, tit. 28, chap. 3, qui jugea que l'or-

donnance de Moulins avoit lieu *in diſtractibus*, c'eſt-à-dire en matiere de quittances & de payemens, ſi ce n'eſt, dit-il, en cauſe favorable, ou quand il y a indice que le payement a été fait. Berault, ſur l'article 528 de la Coutume de Normandie, rapporte un arrêt du parlement de Rouen, qui jugea que l'on n'étoit pas recevable à faire preuve qu'une quittance ſous ſeing privé avoit été vue & lue, parce qu'il eſt facile de ſuppoſer aux témoins une fauſſe quittance : ainſi, dit-il, cette preuve ne doit avoir lieu, que quand il s'agit de prouver la perte d'une quittance devant notaire.

5. Le Grand, ſur la Coutume de Troyes, article 164, dit néanmoins que la libération eſt favorable, & que le débiteur doit être reçu à vérifier les payemens par lui faits de pluſieurs ſommes particulieres, le tems & la forme de ces payemens, lorſqu'ils ſont déniés ; ce qui a été jugé par les arrêts du 13 Mars 1573, & 16 Décembre 1577 & 1580, rapportés ſur le Code Henri ; mais cette maxime générale ne peut être reçue indéfiniment, (comme il vient d'être dit ;) & il avoue, au même endroit, que nous ne recevons pas, par un commun uſage, un débiteur à faire preuve des payemens par lui prétendus faits des intérêts d'une ſomme qu'il doit par ſimple promeſſe ou obligation, encore que chaque payement d'intérêts, même la ſomme principale, ſoit au-deſſous de cent livres.

La diſtinction que fait Boiceau entre le débiteur qui articule qu'il y a une quittance, & celui qui articule qu'il eſt quitte en quelqu'une des manieres dans leſquelles le payement ſe fait ſans écrit, eſt fort judicieuſe ; car il eſt vrai que celui qui articule une quittance doit la rapporter par écrit ; & ſi elle a été perdue, la loi *Teſtium*, ci-deſſus citée, permet de prouver cette perte par témoins ; ce qui a lieu auſſi ſuivant nos mœurs, comme il a été ci-deſſus obſervé par Boiceau, au chapitre qui traite de la perte des titres.

6. Mais quand le débiteur n'allegue point qu'il y a eu une quittance, mais qu'il eſt quitte de quelqu'autre maniere que ce ſoit, la preuve par écrit, ou la preuve par témoins, doivent être admiſes indiſtinctement, dit-il, à cauſe de la faveur de la libération, & parce que l'ordonnance étant contre le droit commun, ſur ce qu'elle reſtreint les preuves,

& qu'elle ne parle que des contrats, elle y doit être uniquement reſtreinte.

7. Néanmoins on peut oppoſer à ce que dit Boiceau quelques cas où la preuve par témoins ne ſeroit pas recevable, même dans celui auquel le débiteur n'articule pas qu'il y ait eu une quittance : par exemple, ſi le débiteur prétend que le créancier l'a tenu quitte en jugement, la preuve par témoins n'en ſeroit pas reçue, parce qu'il allegue un acte qui ne ſe peut prouver que par écrit, c'eſt-à-dire par la ſentence qui a donné acte au débiteur de la reconnoiſſance du créancier, qu'il le déchargeoit de ſa dette. Il faut dire la même choſe, ſi le débiteur articule que le créancier lui a écrit une lettre par laquelle il le tient quitte: il faut qu'il rapporte cette lettre, & qu'il en faſſe vérifier la ſignature & l'écriture, ſi elle eſt déniée ; & il ne lui ſeroit pas permis de prouver par témoins, que cette lettre lui a été écrite, & qu'il l'a perdue, mais que pluſieurs perſonnes l'ont vue, tenue & lue.

Il en eſt de même ſi le créancier a mis la décharge du débiteur ſur ſon regiſtre ; il faut qu'il juſtifie de ce regiſtre ; & le débiteur en peut demander la repréſentation, ſuivant la loi. Si le débiteur allegue que ſon créancier eſt payé, au moyen d'une délégation qu'il a faite en ſa faveur dans le contrat de vente d'un immeuble à lui appartenant, ou par un tranſport à lui fait ; ce n'eſt pas aſſez que le débiteur juſtifie du contrat dans lequel eſt portée la délégation, ou qu'il rapporte le tranſport, il faut qu'il juſtifie par écrit, que le créancier a accepté la délégation & le tranſport, à ſes riſques, ou qu'il en a été payé : la preuve par témoins ne doit pas être reçue en ce cas, pour éviter les fraudes qui ſe pourroient commettre par une délégation, ou un tranſport ſimulé & illuſoire, qui pourroit être fait à l'inſçu, & ſans le conſentement du créancier.

8. En matiere de confuſion d'actions, il faut juſtifier auſſi par écrit la qualité de Créancier & d'Héritier, & l'appréhenſion de l'hérédité faite par celui qui étoit créancier du défunt, au moyen de laquelle confuſion d'actions, partie de la dette, ou la dette entiere a été éteinte.

9. A l'égard de la compenſation, ſi elle ſe fait d'une dette dûe en vertu d'un titre par écrit, comme d'une obli-

gation avec une autre obligation, il faut rapporter l'un & l'autre titre ; mais ſi on prétend compenſer ſur une obligation une ſomme qu'on a payée pour le créancier ſans convention par écrit, & que cette ſomme excede cent livres, il faut une preuve par écrit.

10. Si ce n'eſt entre marchands, entre leſquels l'uſage eſt, comme dit Boiceau, de faire ces ſortes de décharges & de compenſations verbalement, ou en rayant ſur leurs regiſtres réciproquement ce qu'ils ſe doivent, après avoir compté enſemble, comme il ſe pratique à Lyon ſur la place du change, & par-tout ailleurs.

11. Il eſt vrai que, par un pacte tacite, on peut être libéré, & prouver ce pacte tacite par témoins, ſans articuler de quittance : ainſi, quand le locataire eſt ſorti de la maiſon qu'il louoit, au vu & ſçu du propriétaire qui lui a laiſſé emporter ſes meubles, ſans faire aucune action contre lui, il eſt préſumé être quitte des loyers. [*] Il en eſt de même du fermier, & de tout autre à qui on a rendu le gage de ſa dette ; & ce fait, qui n'eſt point une convention, ſe peut prouver par témoins ; & étant prouvé, il en réſultera une préſomption du payement, qui n'eſt pourtant qu'une préſomption de droit, & non pas *juris & de jure ;* enſorte que le ſerment peut toujours être déféré au débiteur par le créancier, lequel eſt auſſi reçu à prouver qu'il n'a pas été payé, pourvu qu'il le prouve par écrit, parce que s'agiſſant de la preuve d'une négative, la preuve par témoins en ſeroit impoſſible.

12. Quant à l'eſpece que propoſe Boiceau en pareils cas, le plus ſûr eſt d'alleguer le dol du créancier, qui dénie des payemens véritables faits à lui ou à ſon agent, par ſon ordre ; & il faut demander à prouver ſimplement qu'il a reçu une telle ſomme, ſans parler de l'obligation ni du titre de la dette, & agir par voie de condiction, comme Boiceau dit au ſujet de celui qui nioit avoir acheté des beſtiaux d'un autre ; ce qui ſe peut pratiquer pour ſuivre

[*] Cela a lieu pour Paris, mais non pour les provinces, & il n'y a pas même raiſon. A Paris, où on ſe connoit peu, on préſume facilement qu'un propriétaire n'a pas laiſſé déloger ſon locataire, ſans ſe faire payer ; mais dans les provinces, un propriétaire qui ſe fie ſur la ſolvabilité de ſon locataire qu'il connoît, le laiſſe ſouvent déloger, ſans ſe faire payer ; & on ne peut en tirer contre le propriétaire aucune préſomption de payement, ni fin de non recevoir.

en quelque ſorte l'eſprit du droit Romain, qui demande alors un plus grand nombre de témoins qu'en aucun autre cas.

13. Et il faut que les témoins ſoient de ceux que la loi appelle *idoneos & omni exceptione majores*, c'eſt-à-dire, *non viles*, *nec redemptos*, ſans reproche & ſans ſuſpicion; mais le nombre de cinq n'eſt point en uſage en aucun cas: ſelon nos mœurs, deux ſuffiſent, pourvu qu'ils dépoſent avoir vu faire le payement en telles eſpeces, & tel jour, s'il ſe peut; il falloit encore en droit, ſuivant la Novelle, que les témoins euſſent été appellés exprès pour être préſens au payement: un témoin fortuit, ou un paſſant, ne ſuffiſoient pas; ce qui n'eſt point néceſſaire parmi nous, puiſque dans les contrats même les plus ſolemnels, & dans les teſtamens, cette ſolemnité n'eſt point pratiquée: il ſuffit que les deux témoins ſoient ſans reproche; qu'ils dépoſent avoir vu faire le payement, & qu'ils circonſtancient tellement la choſe, qu'on ne puiſſe douter que le payement dont ils parlent, n'ait été fait ſur la dette dont il s'agit.

14. Mais réguliérement le juge ne doit pas admettre cette preuve par témoins d'un payement, quand il y a une obligation, un contrat ou promeſſe par écrit, pour éviter la ſubornation des témoins, que l'ordonance a eu deſſein de prévenir en toute occaſion, auſſi-bien en matiere de conventions que de quittances [*].

Cujas, de Fide inſtrumentorum, Cod. l. 4, tit. 21.

15. Il ne reſte plus, pour finir ce chapitre, que de rap-

[*] Voici ce que dit à ce ſujet l'auteur du Tr. des Obl. t. 2, part. 4, ch. 2, art. 2, quoique l'Ordonnance de Moulins n'eût pas dit *de toutes conventions*, mais ſe fût ſervie du terme de *choſes*, qui eſt un mot plus général que celui de *conventions*; néanmoins les commentateurs de cette ordonnance penſoient qu'elle ne renfermoit ſous ſa diſpoſition que les conventions; parce que cette ordonnance dit: Seront paſſés *contrats*, & que ce terme de *contrats* ne renferme que les conventions.

L'ordonnance de 1667 ayant évité de ſe ſervir de ce terme de *contrats*, & ayant dit ſeront paſſés actes de toutes choſes, on ne doit pas douter que ſa diſpoſition renferme, non-ſeulement les conventions, mais généralement toutes les choſes dont celui qui demande à faire preuve, a pu s'en procurer une par écrit: par exemple, quoique le payement d'une dette ne ſoit pas une convention, néanmoins le débiteur qui le fait, pouvant en retirer un acte par écrit, c'eſt-à-dire une quittance, lorſque ce payement excede cent livres, il n'eſt pas admis à en faire la preuve par témoins. Voyez à ce ſujet le ch. 13 de la premiere partie, & les Addit. ſur tout le n. 24.

M. Jouſſe en ſon Comment. ſur l'Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, eſt auſſi du même ſentiment. « Il paroît, dit-» il, que ce ſeroit aller directement con-» tre le texte de l'ordonnance, que d'ad-» mettre ces ſortes de preuves, » (la preuve par témoins, pour prouver la libération contre un contrat, ou autre acte par écrit.)

porter

porter les ordonnances & les ſtatuts des pays étrangers, ſur la preuve des payemens ; & comme ils ont prévu cette difficulté, on peut dire qu'ils ont auſſi prévu la plûpart des cas qui peuvent arriver concernant la preuve de la libération des débiteurs: il ſera aiſé à ceux qui auront lu ce Traité, de faire l'application de ce qu'ils en diſent à notre uſage & à nos maximes.

16. Le Statut de la ville de Bologne, dont le texte eſt imprimé au commencement de cet ouvrage, eſt fort ample & fort précis ſur cette matiere. Il porte que, *quand quelqu'un eſt debiteur en vertu d'une obligation en forme, ou même par un écrit ſous ſeing privé, d'une ſomme ou d'une choſe dont la valeur excede cinquante livres, monnoie de Bologne, il ne peut prouver par témoins qu'il a payé cette ſomme à ſon créancier, ou qu'il lui a donné quelque choſe en payement du tout, ou de partie, ni que ſon créancier a reconnu (verbalement) qu'il lui a reſtitué ou payé la ſomme qu'il lui doit, ou qu'il l'a lui a remis, donné terme, ou compoſé de la dette, ni qu'il lui a rendu l'original de l'obligation ou de la promeſſe, cancellée ou non, ou que c'eſt le créancier lui-même qui l'a cancellée.*

Montérentius ſur ce Statut, dit que la préſomption eſt contre le débiteur, lequel étant obligé par écrit, demande à prouver autrement que par écrit, qu'il eſt quitte & qu'il a payé; parce que, comme diſent Balde, Décius & Ancharanus: *Eodem modo quo probetur aliquid deberi, eodem modo reſolutio illius (obligationis) debet probari.*

Oritur ſiniſtræ opinio contrà debitorem aſſerentem diſſolviſſe obligationem alio modo quàm contracta ſit.

17. Le même Montérentius, entr'autres queſtions qu'il traite à l'occaſion de ce Statut, demande ſi, n'y étant point parlé de la novation de la dette, elle ſe peut prouver par témoins; & il dit que quelques juriſconſultes ont eſtimé qu'elle devoit être cenſée compriſe dans la prohibition de ce Statut, *à majoritate rationis; ſed non audeo*, dit-il, *approbare tàm animosè.* Ainſi il laiſſe la queſtion indéciſe, & pour la décider en peu de mots, par rapport à notre uſage, il faut diſtinguer deux ſortes de novations; l'une ſe fait par le changement de la cauſe de la dette: *Cùm in ſecundam obligationem itur*, dit le §. *Præterea in fine*, *Inſtit. l.* 3, *quib. mod. tol. Ob.* & en ce cas il faut que la volonté des contractans ſoit diſertement exprimée, dit le même para-

Ideò noſtra proceſſit conſtitutio, quæ apertiſſimè definivit, tunc ſolùm novationem

prioris obligationis fieri quotiès hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit quod propter novationem prioris obligationis convenerunt.

graphe ; parce que cette novation eſt une dérogation & un changement de la premiere obligation, laquelle eſt rédigée par écrit, d'où il s'enſuit que la preuve de ce changement d'obligation ſe doit auſſi prouver par écrit, par la régle générale que la preuve par témoins n'eſt point recevable contre un acte par écrit. La ſeconde eſpece de novation eſt celle qui ſe fait par le changement du créancier ou du débiteur : ſi c'eſt par le changement du créancier, comme lorſque le créancier fait un tranſport de ſa dette à un autre, ce tranſport, par la même raiſon, doit auſſi être rédigé par écrit, & ſignifié au débiteur.

Si la novation ſe fait par le changement du débiteur, *veluti ſi id quod tibi Sejus debebat, à Titio dari ſtipulatus ſis*, parce qu'en ce cas, c'eſt une obligation nouvelle, & que la premiere eſt éteinte ; il faut, par la même raiſon, une preuve par écrit pour détruire cette premiere obligation.

Enfin ſi la novation conſiſte dans le changement des conditions portées dans la premiere obligation, *Si conditio aut dies aut fidejuſſor adjiciatur aut detrahatur ;* il faut auſſi une preuve par écrit de ce changement, puiſque l'ordonnance dit expreſſément que la preuve par témoins ne ſera point reçue de ce qui aura été dit & convenu avant, lors, ou depuis l'acte rédigé par écrit.

Mais s'il s'agit d'une promeſſe verbale au-deſſous de cent livres ; comme elle ſe peut prouver par témoins, s'il y a eu depuis quelque novation dans cette promeſſe, elle ſe pourra auſſi prouver par témoins.

Ratio eſt quia fortior eſt præſumptio contrà uſurarium quàm contra debitorem ; præſumptio autem in ſpecie, tollit præſumptionem in genere.

18. A l'égard des uſuriers, dont parle le Statut de Bologne, Montérentius dit que la préſomption de la loi eſt que le débiteur n'eſt point quitte quand le créancier rapporte l'obligation en bonne forme, quelque preuve par témoins que ce débiteur offre faire du prétendu payement qu'il a fait ; mais cette préſomption n'eſt point ſi forte ni ſi concluante que celle que l'on peut oppoſer au créancier qui a la réputation d'être un uſurier public : ainſi, en ce cas, le Statut préſume pour la décharge du debiteur contre le creancier accuſé d'uſure ; & par la même raiſon, ajoûte Montérentius, la preuve par témoins doit être admiſe nonobſtant ce ſtatut, ſi on articule qu'une perſonne a volé l'argent d'un autre ſous prétexte de quelque fauſſe

obligation : *Quià*, dit il en ce cas, *proceditur de jure gentium, jure autem naturali furtum prohibitum eſt ; & ideò omnis condictio degenerat contrà furem.* Or, dit-il, un uſurier & un voleur ſont la même choſe.

19. Le même Statut de Bologne ajoûte, au contraire, *que ſi quelqu'un ſoutient qu'un autre eſt ſon débiteur d'une ſomme, ou d'une choſe excédant la valeur de cent livres, monnoie de Bologne, la preuve par témoins ne lui en doit pas être permiſe.*

Montérentius demande pourquoi ce Statut veut qu'on ajoûte foi aux témoins, juſqu'à la ſomme de cent livres, en faveur d'un créancier, & qu'à l'égard du débiteur, elle ne lui permette de prouver par témoins qu'il eſt quitte, qu'à concurrence de la ſomme de cinquante livres ; ce qui ſemble être contre la régle générale qui favoriſe toujours le debiteur au préjudice du créancier ? Il répond que la raiſon de ce Statut eſt fondée ſur ce qu'à l'égard du débiteur qui eſt obligé par un titre par écrit, la préſomption eſt pour le titre dont la foi doit l'emporter ſur l'allegation du payement, faite par le débiteur ; outre que, dit-il, il eſt de notoriété que les débiteurs ont coutume de dénier toujours ce qu'ils doivent.

Niſi dixeris contrà ipſum reum magna eſt præſumptio propter inſtrumentum vel ſcripturam fide dignam ex adverſo pugnantem, attento maximè quià reorum vel debitorum eſt ſemper negare.

20. Joſeph de Seſſe, *deciſ.* 28, *Arragon.* après avoir parlé de l'ordonnance qui défend la preuve par témoins, dans ce royaume, contre un acte par écrit, dit que ſi le débiteur prétend avoir payé le créancier ſans tirer quittance, & qu'il offre de le prouver par témoins, à l'effet d'obliger le créancier de lui donner une quittance par écrit, comme cela ſe pratique en d'autres pays, il n'y eſt pas recevable, parce que ce ſeroit donner occaſion aux fraudes, & contrevenir indirectement à cette ordonnance du royaume.

Aliter fierent mille fraudes contrà forum & obſervantias, & unâ viâ permitteretur quod aliàs eſt prohibitum.

Mais il ajoûte une limitation à cette ordonnance. Le débiteur, dit-il, n'a qu'à payer au créancier ce qu'il lui doit, & en tirer quitance par écrit ; & enſuite cette obligation étant éteinte & acquittée, & comme ſi elle n'avoit jamais été faite, s'il eſt vrai qu'avant cette quittance il lui ait payé d'autres ſommes ſur cette même obligation, il pourra le prouver par témoins, pourvu qu'il ne demande pas à prouver qu'il lui avoit payé toute la ſomme entiere pour laquelle elle étoit conçue, mais ſeulement pluſieurs ſommes parti-

Ut ſcilicet ſolvatur cum chartâ, c'eſt-à dire en tirant une quittance par écrit. *Et ſic extinctâ obligatione, cùm jam non agatur contrà inſtrumentum, & res ſit redacta ad non*

cauſam ; potero probare per teſtes alias ſolutiones, ſi quas feci, vel tantumdem, non verò eamdem quantitatem ſolutam & eas condicere condictione ſinè causâ quiâ ſinè causâ poſſidet qui eas habet.

culieres ; & en ce cas, après qu'il aura fait cette preuve, il pourra revendiquer ces ſommes par l'action de condiction ſans cauſe, puiſque le créancier n'en pourra alléguer aucune pour les retenir. Mais cette limitation prétendue de l'ordonnance du royaume d'Aragon n'eſt en effet qu'un expédient pour y contrevenir indirectement ; & ſelon les apparences, elle eſt de peu d'uſage, y ayant peu de débiteurs, qui après avoir payé leur créancier de bonne foi, hazardent de le payer encore une fois, ſur l'eſpérance de pouvoir retirer par ce moyen les ſommes qu'ils lui ont payées auparavant.

Le même de Seſſe, en ſon Traité *de Inhibitionibus*, *cap.* 2, *n.* 21, rapporte l'opinion de Martinus Miraveta, avocat du roi en Aragon, que, quoique la preuve par témoins y ſoit défendue contre un acte par écrit, cela ne s'entend pourtant qu'à l'égard des parties contractantes qui ont paſſé l'acte, mais qu'à l'égard de ceux qui n'y ont point parlé, la preuve par témoins leur eſt permiſe contre un acte par écrit ; & cette exception a lieu parmi nous dans le cas d'un acte frauduleux, paſſé au préjudice d'un tiers, comme il a été expliqué, au chapitre 7 des Contrats ſimulés ; car ſi l'acte eſt de bonne foi & authentique, la preuve par témoins n'eſt permiſe à perſonne pour détruire la vérité.

21. Le Statut de Milan, *cap.* 95, dont le texte eſt rapporté au commencement de ce Traite, porte qu'il n'eſt pas permis au débiteur, au préjudice de l'obligation authentique par lui paſſée, de prouver qu'il a payé ſon créancier, ſi ce n'eſt par la dépoſition de trois témoins.

Carpanus ajoûte que le débiteur ne peut auſſi prouver par trois témoins, que le créancier a promis de le tenir quitte. Il ajoûte pluſieurs autres limitations qu'il ſeroit inutile de rapporter, parce que ce ne ſont que des ſubtilités des docteurs, pour donner atteinte à ce Statut, leſquelles ne ſeroient pas reçues parmi nous.

22. Pour ce qui eſt des Pays-bas, Anſelmo ſur l'Edit perpétuel décide, ſuivant la régle générale, qu'une obligation par écrit ne ſe peut détruire que par un acte par écrit : *Ortus enim & interitus eadem ſunt in contrarium cauſæ, & quando ad aliquem actum certa ſolemnitas requiritur, eadem etiam adhibetur in actu ſolvendo ;* & après avoir rapporté le ſentiment

de plusieurs docteurs, il conclut que *debitum & solutio à pari procedunt, & quod servatur in uno, etiam in alio servandum est.* Romelius, §. 38 de la Dissertation qu'il a faite sur l'Edit perpétuel, dit aussi que la preuve d'un payement se doit faire par écrit, mais que néanmoins il se peut prouver par la déposition de cinq témoins, quand ils ont été requis d'y être présens, & cite la loi *Testium facilitatem, C. de Testibus.*

Boiceau a fini son Commentaire par cette question, touchant la preuve des payemens. Il n'a rien écrit sur l'article 55 de l'ordonnance de Moulins, qui concerne aussi la matiere des preuves; & comme cet article 55 n'est pas moins important dans l'usage, que l'article 54, qui vient d'être expliqué, & que l'ordonnance de 1667 y a beaucoup ajoûté, on a cru à propos d'y faire quelques observations particulieres.

ARTICLE LV.

De l'Ordonnance de Moulins.

LEs preuves des tonsures & professions, le vœu monachal, seront reçues par lettres, & non par témoins, comme aussi les preuves des jugemens condamnatoires ou absolutoires dont on voudra s'aider pour reproches ou salvations contre les témoins ès matieres où lesdits témoignages auront lieu, sauf si la perte de registres étoit alléguée, dont la preuve en ce cas sera reçue.

ARTICLE VII.

Du Titre 20 de l'Ordonnance de 1667.

Les preuves de l'âge, du mariage, & du tems du décès, seront reçûes par des registres en bonne forme, qui feront foi & preuve en justice.

ARTICLE XIV.

Si les registres sont perdus, ou qu'il n'y en ait jamais eu, la preuve en sera reçue, tant par titres que par témoins;

& en l'un & l'autre cas, les baptêmes, mariages & ſépultures pourront être juſtifiés, tant par les regiſtres ou papiers domeſtiques des peres & meres décédés, que par témoins, ſauf à la partie de vérifier le contraire, même à nos procureurs généraux, & à procureurs ſur les lieux, quand il s'agira de capacités de bénéficiers, réceptions, ſermens & inſtallations aux charges & offices.

ARTICLE XV.

Sera tenu regiſtre des tonſures, des ordres mineurs & ſacrés, vêtures, noviciats & profeſſions de vœux, &c.

EDIT PERPETUEL

Des Archiducs de Flandres.

ARTICLE XX.

ET comme ſouventefois ſurviennent des difficultés ſur la preuve de l'âge, tems du mariage, & trépas des perſonnes, ſoit par promotion aux ordres ſacrés, proviſion de bénéfices, ou états ſéculiers, reſtitution en entier, & autres cas ſemblables: Avons ordonné & ordonnons aux échevins & autres gens de loi, tant de villes que de villages, que, par chacun an, ils levent doubles authentiques des regiſtres de baptême, mariages & ſépulture, que chacun curé deſdits lieux aura tenus de ceux avenus en ſa paroiſſe durant ledit an, que ledit curé ſera tenu leur adminiſtrer, & que d'iceux ils en feront ſûre garde en leurs archives. Voulant en outre que les gens de loi des villages faſſent faire un double deuxieme dudit regiſtre, & les envoient aux greffes des villes, baillages, châtellenies, gouvernances, & autres ſiéges ſupérieurs de leur reſſort, pour y être conſervés; le tout à peine arbitraire contre ceux qui en ſeront défaillans. Si ordonnons qu'auxdits regiſtres & doubles d'iceux ainſi levés & gardés, ſoit ajoûtée pleine foi, ſans que ſoit beſoin aux parties d'en faire autre preuve.

ARTICLE XXI.

Comme auſſi voulons que les preuves des tonſures, vœu

monachal, réception aux ordres ſacrés, ſoient faites par lettres, & non par témoins; pareillement celle des jugemens & ſentences dont les parties ſe voudront aider: ne fût qu'on allegueroit perte de regiſtres, dont, en ce cas, ſur l'une & l'autre ſe pourra recevoir preuve par témoins.

SOMMAIRE.

1. *De l'article* 55 *de l'ordonnance de Moulins.*
2. *Obſervations ſur la premiere partie de cet article, & ſur les ordonnances qui concernent la preuve de la naiſſance, des mariages, & de la mort des perſonnes.*
3. *Nouveaux édits en* 1691, *ſur ce ſujet.*
4. *Ancien uſage des Romains ſur la preuve de la naiſſance.*
5. *Ce que c'étoit que* profeſſio natalium.
6. *Toute ſorte de preuve de la naiſſance & de l'âge, permiſe à Rome.*
7. *Les livres journaux des pere & mere font foi en juſtice au ſujet de la naiſſance de leurs enfans.*
8. *Preuve par témoins eſt auſſi recevable, quand celle par écrit vient à manquer.*
9. *Articles* 20 *&* 21 *de l'édit perpétuel conformes à nos ordonnances. Obſervations d'Anſelmo ſur ces deux articles.*
10. *Les regiſtres des baptêmes ne font point une preuve certaine de l'état de l'enfant, ſi cet état eſt conteſté.*
11. *Des mineurs qui empruntent de l'argent ſur la foi d'un faux extrait baptiſtaire.*
12. *De la preuve de la tonſure, des vœux, & des reproches des témoins.*

1. L'ARTICLE 55 de l'ordonnance de Moulins a deux parties. Dans la premiere, il ordonne que la preuve *de la tonſure & profeſſion des vœux* dans un monaſtere, ne ſera point reçue par témoins, mais par lettres, c'eſt-à-dire par écrit; & dans la ſeconde, il ordonne que dans les cas auxquels la preuve par témoins ſera reçue, ſi on propoſe des reproches contre des témoins, & des ſalvations contre ces reproches, on ne pourra prouver par témoins la vérité des reproches, ſi ce n'eſt en rapportant la preuve par écrit des condamnations qui ont été rendues contre les témoins, c'eſt-a-dire les jugemens même qui les ont

condamnés, ou ceux qui les ont renvoyés abſous. Il y a une exception à la fin de cet article, qui ſe rapporte aux deux parties qui le compoſent; ſçavoir, qu'en cas que les regiſtres, que l'on doit tenir *des tonſures & des profeſſions des vœux*, & ceux du greffe dans leſquels les minutes des ſentences & arrêts doivent être inſcrits, ſoient perdus, la preuve par témoins en pourra être reçue. On n'ajoûtera rien à l'égard de cette exception de l'ordonnance de Moulins, parce que cette queſtion de la preuve par témoins de la perte des actes a été traitée ci-devant, chapitre 15 de la premiere partie du Commentaire de Boiceau.

2. Quant à la premiere partie de l'article 55 de l'ordonnance de Moulins, il faut obſerver qu'il ne décide rien, à l'égard de la preuve de la naiſſance des perſonnes, parce que dès auparavant, l'ordonnance de 1539 [*] y avoit pourvu par l'article 51, qui ordonnoit, en termes généraux, qu'*à l'égard des baptêmes, il en ſeroit fait regiſtre en forme de preuve, lequel contiendroit le tems & l'heure de la nativité, par l'extrait duquel regiſtre ſe pourroit prouver le tems de la majorité ou minorité* [**]; & par l'article, 52 elle avoit ordonné que *ce regiſtre*, pour la forme, *ſeroit ſigné d'un notaire & du curé, ou de ſon vicaire.* Enfin l'article 53 avoit ordonné que *ce regiſtre ſeroit porté par le curé au greffe du bailliage le plus prochain;* mais cette ordonnance n'avoit rien ſtatué à l'égard des mariages & des extraits mortuaires, ſi ce n'eſt à l'égard des bénéficiers, par les articles 50, 54, 55 & 56. Ainſi la preuve par témoins étoit reçue en ce cas, du jour de la mort, & l'article 181 de l'ordonnance de Blois, en 1579, marque en termes exprès, que, même encore en ce tems-là, la preuve par témoins etoit reçue indiſtinctement touchant la naiſſance, les mariages, la mort & les enterremens des perſonnes; & c'eſt pour éviter cette preuve par témoins, qu'elle enjoint *au greffier en chef de pourſuivre les curés ou vicaires de leur reſſort, d'apporter eux-mêmes, deux mois après la fin de chaque année, les regiſtres de*

[*] Connue ſous le nom d'*ordonnance de Villers-Cotterets.*

[**] Fontanon en ſes Additions ſur Bourdin, ſur cet article tient que le regiſtre des baptêmes n'empêche pas qu'on ne ſoit reçu à prouver que celui qui ſe dit mineur, ſur la foi de ce regiſtre, eſt né long-tems auparavant qu'il ait été baptiſé, & prouver par ce moyen qu'il eſt majeur, d'autant que cela ne débat pas la foi du regiſtre.

baptême,

baptêmes, mariages & ſépultures de leur paroiſſe faits cette année, & de les affirmer véritables judiciairement par eux, ou par procureur ſpécial, fondé de procuration, à peine de ſaiſie de leur temporel; ce qui ſuppoſe que, dès avant cette ordonnance, les curés étoient obligés d'en tenir des regiſtres; mais apparemment l'ordre qu'ils y tenoient, n'étoit pas exact, puiſque, nonobſtant ces regiſtres, on étoit obligé d'avoir recours à la preuve par témoins. Enfin les articles 7, 8 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 ont prévu & décidé preſque toutes les difficultés qui peuvent naître ſur ce ſujet, en aſſurant la foi de ces regiſtres, & leur donnant une forme certaine & authentique.

3. Et parce que l'ordonnance de 1667 étoit mal obſervée par les curés qui n'étoient pas exacts à envoyer aux greffes de la juriſdiction, dont dépendoit leur paroiſſe, les regiſtres des baptêmes, mariages & ſépultures; le roi, par un édit du mois d'Octobre 1691, vérifié en parlement le 21 Novembre ſuivant, a créé en titre d'offices des greffiers, gardes & conſervateurs de ces regiſtres dans toutes les villes, qui ſont tenus de fournir aux curés de leur détroit ces regiſtres reliés & paraphés, avec la liberté aux parties de lever des extraits ſur les regiſtres des curés, ou de ceux qui demeureront dépoſés entre les mains de ces greffiers; ce qui s'exécute à préſent [*].

4. Or cette maniere de vérifier par des regiſtres publics la naiſſance & la mort des hommes, n'eſt pas nouvelle [**];

[*] Ces offices ont été ſupprimés par édit du mois de Décembre 1716.

La déclaration du 17 Avril 1636 a mis la derniere main à cet important ouvrage. Ses diſpoſitions ſur cette matiere ſont beaucoup plus étendues: il eſt à-propos de les voir. Au reſte, le but de ces loix n'eſt pas tant de procurer la preuve de l'âge, que d'aſſurer l'état des enfans par des actes authentiques, & d'établir la paix & le bon ordre dans les familles.

[**] L'origine de regiſtres publics, pour conſtater la naiſſance des enfans, remonte à la plus haute antiquité. Les peuples les plus ſages ont voulu qu'il y eût des témoignages publics d'une choſe auſſi importante. Platon ordonne dans ſes Loix, « que la premiere année de la » vie des enfans ſeroit marquée dans un » lieu ſacré de la maiſon paternelle, & » qu'en chaque lieu on écriroit ſur une » muraille blanche le jour de la naiſ- » ſance de tous ceux qui viennent au » monde, afin que l'on ſçût leur âge. » *Lib. 6, de Legib. in fine.*

Les regiſtres de la naiſſance étoient en uſage chez les Juifs qui obſervoient avec d'autant plus de ſoin d'y écrire la naiſſance de leurs enfans, qu'ils avoient pour but, non-ſeulement de diſtinguer les titres, & de connoître le nombre d'hommes dont chaque tribu étoit compoſée, mais encore de ſçavoir dans quelle famille naîtroit le Meſſie: ils écrivoient auſſi la naiſſance de leurs enfans ſur des regiſtres domeſtiques.

A Athènes, les loix ordonnoient aux peres de faire leur déclaration avec ſerment devant les magiſtrats, lorſqu'il leur étoit né un enfant en légitime ma-

elle s'eſt pratiquée, dès les premiers tems de l'empire Romain, puiſque Servius Tullius ordonna qu'il ſeroit fait des regiſtres de la naiſſance & de la mort des citoyens Romains; & Denis d'Halicarnaſſe, l. 4, obſerve que les peres & meres payoient un certain tribut aux dieux, à la naiſſance de leurs enfans, lorſqu'ils prenoient la robe virile, & quand ils mouroient. Sous la république, les préteurs eurent ſoin de ces regiſtres; & ſous les empereurs, cet uſage, qui avoit été diſcontinué, fut rétabli par Marc-Aurele, ſuivant la remarque de Julius Capitolinus: *Inter hæc*, dit-il, *liberales cauſas ità munivit ut primus juberet apud præfectos ærarii Saturni unumquemque civium natos liberos profiteri, intrà triceſimum diem nomine impoſito. Per provincias tabulariorum publicum uſum inſtituit, apud quos idem de originibus fieret, quod Romæ apud præfectos ærarii, ut ſi fortè aliquis in provinciâ natus cauſam liberalem diceret, teſtationes inde fierent, atque hanc totam legem de aſſertionibus firmavit.*

Lucinæ, Juventæ, Libitinæ.

5. Nous avons pluſieurs loix qui confirment cet uſage: c'eſt cette preuve qu'elles appellent *profeſſio natalium*; & c'étoit d'ordinaire le pere qui alloit faire cette déclaration ſur ce regiſtre de la naiſſance ou de la mort de ſon enfant; la mere, & même l'aïeule la pouvoient faire: *Etiàm matris profeſſio filiorum recipitur, ſed & avi recipienda eſt, l.* 16, *ff. de Probat.* Cette preuve de la naiſſance & de l'âge ſe faiſoit auſſi par les regiſtres de ceux qui recevoient les tributs publics, *libris cenſualibus*; car, ſuivant la loi 3, *ff. de Cenſibus*, on y enregiſtroit l'âge de chaque perſonne, parce que juſqu'à un certain âge, on étoit exempt de payer les tributs, leſquels s'impoſoient par tête.

6. Enfin l'âge & la naiſſance ſe prouvoient non-ſeulement par écrit, mais encore par toutes autres ſortes de preuves, ſuivant la loi 2 *de Excuſat. teſt. Ætas autem probatur aut ex nativitatis ſcripturâ aut aliis demonſtrationibus legitimis*; ces mots, *aut aliis demonſtrationibus*, marquent que, lorſque la preuve par écrit venoit à manquer, il falloit d'autres preuves préciſes de la naiſſance, & que des préſomptions ne ſuffiſoient pas. Il ſemble même que la

riage; & ſur cette déclaration, ſon nom étoit écrit ſur un regiſtre commun qu'ils nommoient κοινοι γραμματειοι independamment des regiſtres domeſtiques qu'ils appelloient ἀπογραφαι του πατρος.

loi ne s'en rapportoit pas toujours à la déclaration des peres & meres, ſuivant la loi fameuſe, *ff. l.* 22, *de Probat.* qui n'eut point d'égard à la declaration qu'une mere en colere de ce que ſon mari l'avoit répudiée, avoit faite devant le juge, que l'enfant dont elle étoit accouchée peu après ſon divorce, étoit illégitime : néanmoins dans cette loi, il ne s'agiſſoit pas ſimplement de la preuve de la naiſſance de cet enfant, mais de ſon état auquel les déclarations des pere & mere ne peuvent jamais donner atteinte.

L. Non nudis aſſeverationibus.

7. Au lieu qu'à l'égard de la naiſſance & de la mort des enfans, les livres journaux des pere & mere font foi en juſtice, comme il eſt décidé par Boiceau, chapitre 8, ci-deſſus, & par l'art. 14, tit. 20 de l'ordonnance de 1667, quand il n'y a point eu de regiſtres de baptême, ou qu'ils ont été perdus, pourvu que la foi de ces papiers domeſtiques ne ſoit point détruite par d'autres circonſtances manifeſtes, ou d'autres preuves ; & non-ſeulement ces papiers domeſtiques font foi en ce cas, parce qu'on préſume que les pere & mere n'ont aucun intérêt de déguiſer la vérité en cette rencontre.

La loi *Inſtrumenta domeſtica, Cod. de Probat.*

8. Mais même on eſt obligé quelquefois, (quand toutes ces preuves manquent,) d'avoir recours à la preuve par témoins, pour prouver la naiſſance, comme au témoignage des ſages-femmes, des parens de l'enfant, ou des voiſins des pere & mere, lors de l'enfantement, ainſi qu'ont remarqué M. Cujas, ſur la loi 8, *de ſtatu hominum*, qui eſt de Papinien, où il parle de la loi 3, *ff. de Cenſibus*, & Godefroi, ſur la loi 32, *ff. de Minoribus*, parce que c'eſt une maxime que, dans les choſes obſcures & douteuſes, on eſt obligé d'avoir recours à toutes ſortes de preuves, & de ſe déterminer par des préſomptions & des conjectures [*].

[*] Ainſi, régle générale, les regiſtres en bonne forme, font foi & preuve en juſtice ; ils font pleine foi de la naiſſance.

Mais il peut arriver deux cas qui doivent faire admettre une exception à cette régle ; le premier, qu'il n'y ait pas de regiſtre, ou que les regiſtres ſoient perdus, le ſecond, que les regiſtres contiennent fauſſeté, comme dans la ſuppreſſion & ſuppoſition d'état.

Dans le premier, cas l'ordonnance de 1667, art. 14, a prononcé que la preuve ſera reçue, tant par titres que par témoins, & que les baptêmes . . . pourront être juſtifiés, tant par les regiſtres, ou papiers domeſtiques des peres & meres décédés, que par témoins.

Ainſi pour lors 1°, d'autres titres que les regiſtres peuvent faire foi ; ce qui eſt conforme à la loi Romaine : *Statum tuum*

9. Les articles 20 & 21 de l'édit perpétuel des archiducs de Flandres, ſont conformes à nos ordonnances, au ſujet

natali profeſſione perditâ mutilatum non eſſe certi juris eſt, l. 7, *Cod. de Fide inſtrum.* Elle veut que, dans ce cas, l'on ait recours à toutes les preuves permiſes par le droit. *Nec omiſſa profeſſio probationem generis excludit, nec falſa ſimulatio veritatem minuit; itaque ad examinationem veri omnis jure prodita probatio debet admitti*, l. 15, *Cod. de Liber. causâ.*

La loi 29, *ff. de Probat.* porte expreſſément que l'état des enfans peut être prouvé, non-ſeulement par témoins, mais par les lettres qui ſe trouveroient avoir été écrites à la mere, ſi elles ſont certaines & véritables. *Imperatores Antoninus & Verus reſcripſerunt: Probationes quæ de filiis dantur, non in ſolâ affirmatione teſtium conſiſtunt, ſed & epiſtolas quæ uxoribus miſſæ allegarentur, ſi de fide earum conſtat, nonnullam vicem inſtrumentorum obtinere decretum eſt.*

Si donc une autre loi (l. 24, *ff. de Liber. causâ*) dit, *Non epiſtolis neceſſitudo conſanguinitatis, ſed natalibus, vel adoptionis ſolemnitate conjungitur*, cela doit s'entendre, lorſqu'il y a des titres: elle expoſe le principe général, ce qui ne nuit point à l'exception; car, comme on ſçait, une propoſition générale peut toujours ſe reſtreindre par une propoſition particuliere.

Enfin la loi Romaine renvoie aux papiers domeſtiques, *inſtrumenta domeſtica*, pourvu qu'ils ſoient ſoutenus de quelques conjectures probables, l. 29, *ff. de Probat.*

L'ordonnance de 1667, comme nous venons de voir, parmi ces titres qui peuvent faire preuve à défaut de regiſtres publics, a auſſi cité les regiſtres & papiers domeſtiques des peres & meres décédés.

Sur quoi il eſt à obſerver qu'on n'a parlé que des regiſtres des peres & meres *décédés*, & non des peres & meres *vivans*. Le procès-verbal de l'ordonnance fait une mention expreſſe que ce mot *décédés* a été mis à deſſein & pour raiſon, parce qu'autrement il pourroit tous les jours arriver qu'un pere préjudicieroit à un enfant, pour en avantager un autre qu'il aimeroit par préférence, en mettant ſur ſon regiſtre ce que bon lui ſembleroit. De plus, un des enfans pourroit avoir procès contre une partie étrangere; & il ſeroit encore moins juſte qu'un pere le pût décider par un écrit en faveur de ſon fils. Voyez le Procès-verbal de l'ordonnance, p. 229.

Il ne faut pas cependant en conclure que les papiers & regiſtres des peres & meres vivans ſoient toujours à rejetter: en effet la raiſon qui les a fait exclure, comme il eſt aiſé de voir au même endroit du Procès-verbal de l'ordonnance, c'eſt que ce ſont de ſimples ſignatures privées, qui n'ont pas de date, tant qu'un homme eſt vivant: ſi donc ces papiers avoient une date certaine, ſoit parce qu'ils auroient été paſſés par-devant notaires, ou parce qu'ils auroient été ſouſcrits par quelqu'un de décédé, ou autres circonſtances pareilles, pour lors ils devroient faire foi en juſtice.

2°. C'eſt le cas d'admettre la preuve par témoins; l'ordonnance l'a dit: *La preuve ſera reçue, tant par titres que par témoins.* La loi Romaine eſt encore ſur cela d'accord avec elle. Nous l'avons vu décider que l'on devoit avoir recours à toutes les preuves pemiſes par le droit: *Omnis jure prodita probatio debet admitti.* Que l'état des enfans peut être prouvé non-ſeulement *par témoins*, mais par lettres: *Probationes quæ de filiis dantur non in ſolâ* AFFIRMATIONE TESTIUM *conſiſtunt, ſed & epiſtolas*, &c. Une autre loi renvoie au témoignage des voiſins, & des autres perſonnes qui peuvent avoir été inſtruits des faits. *Si vicinis, vel aliis ſcientibus, uxorem domui habuiſti, & ex matrimonio filia ſuſcepta eſt, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ ſint; non ideo veritas matrimonii, aut ſuſceptæ filiæ ſuam habet poteſtatem*, l. 9, *Cod. de Nupt.*

Quelques auteurs ont prétendu cependant que les loix Romaines n'autoriſoient, dans cette matiere, la preuve teſtimoniale, que lorſqu'elle étoit ſoutenue de commencement de preuve par écrit. Ils ont cru pouvoir appuyer leur opinion de la loi 2, *Cod. de Teſtibus*, qui eſt ainſi conçue: *Si tibi controverſia ingenuitatis*

des regiſtres des baptêmes, mariages, ſépultures, tonſures, vœu monachal, & réception aux ordres ſacrés. L'art. 20

fiat, defende cauſam tuam inſtrumentis & argumentis quibus poteſt. Soli enim teſtes ad ingenuitatis probationem non ſufficiunt ; comme ſi la loi avoit dit : *Non tantùm, non ſolummodò teſtibus probatur ingenuitas ſed & inſtrumentis & argumentis.* C'eſt le ſentiment de la Gloſe, de Covarruvias, & de Godefroi. Mais quelque parti que l'on prenne ſur cette diſpute des docteurs, il doit toujours demeurer pour conſtant que les loix Romaines admettent la preuve teſtimoniale dans les queſtions d'état.

Il ſera intéreſſant de voir, comment ont penſé, à ce ſujet, des hommes illuſtres parmi nous, qui ſont les lumieres de notre juriſprudence, & qui ont autant honoré les places éminentes qu'ils occupoient, qu'ils en pouvoient recevoir de luſtre & d'éclat.

» Perſonne n'ignore, diſoit M. Dagueſſeau dans un de ſes plaidoyers rapporté au tome 2 de ſes Œuvres, p. 511, » la diſpoſition des loix Romaines, & » la juriſprudence certaine de nos arrêts ſur cette matiere. La preuve la » plus légitime dans les queſtions d'état, » eſt celle, qui ſe tire des regiſtres publics. Ce principe eſt une eſpece de » droit des gens, commun à toutes les » nations policées ; mais cette preuve, » quelqu'authentique & quelque légitime qu'elle puiſſe paroître, n'eſt pas » néanmoins la ſeule ; & comme il » n'eſt pas juſte que la negligence des » parens, la prévarication de ceux qui » conſervent les regiſtres publics, les » malheurs & l'injure du tems puiſſent » réduire un homme à l'impoſſibilité de » prouver ſon état, il eſt de l'équité de » la loi d'accorder en tous ces cas une » autre preuve, qui puiſſe ſuppléer le » défaut, & réparer la perte des regiſtres, & cette preuve ne peut être » que celle qui ſe tire des autres titres, & de la dépoſition des témoins : » tels ſont, en peu de mots, les principes que le conſentement unanime » des loix & des ordonnances a établi » ſur cette matiere. »

Ce même magiſtrat, dans la cauſe des enfans du ſieur Deſnots, tom. 2, p. 45, & ſuiv. diſoit :

» Il eſt aiſé de faire voir par pluſieurs » loix du Code & du Digeſte, que, » dans certaines circonſtances, le droit » civil admettoit la preuve par témoins, » même pour établir la vérité de la naiſſance. Les juriſconſultes ont toujours » ſuppoſé que, pourvu que la vérité fût » conſtante, pourvu qu'elle fût prouvée » par quelque voie que ce puiſſe être, » le juge devoit être ſatisfait, & qu'il » ne devoit plus chercher de preuve par » écrit. *Si res geſta ſine litterarum conſignatione, veritate factum ſuum præbeat, non ideo minùs valebit quod inſtrumentum nullum de eâ interceſſit.* » C'eſt la loi 5, ff. *de Fide inſtr.* De-là les » empereurs ont conclu que, quoique » les actes par leſquels la naiſſance de » quelqu'un étoit établie, euſſent été » perdus, on ne pouvoit, ſans injuſtice, » lui ôter la ſeule voie qui lui reſtoit » pour prouver ſon état, c'eſt-à-dire la » preuve par témoins. C'eſt la diſpoſition de la loi 6, au Code, *de Fide inſtr.* » & de la loi 15, ff. 1, *Cod. de Teſt.*

» Telle eſt la diſpoſition du droit civil, à laquelle nous ne voyons pas » que les ordonnances, qui ſont notre véritable droit, aient dérogé. L'ordonnance de Blois, & celle de 1667 » ont, à la vérité, ordonné que la preuve » de la naiſſance ſe feroit par le regiſtre » baptiſtaire, mais, comme on l'a dit, » en admettant cette eſpece de preuve, » elles n'ont pas exclu celle qui ſe fait » par témoins, l'ordonnance de 1667 » l'a même permiſe en un cas qui eſt un » de ceux du droit civil, c'eſt-à-dire, » lorſqu'on articule, & que l'on prouve » la perte des regiſtres. *Elle ne dit pas » même qu'elle ne ſoit admiſſible que » dans ce cas ſeul.* »

M. Gilbert de Voiſins, dans la cauſe de la demoiſelle de Choiſeul, s'exprime encore d'une maniere plus déciſive.

» L'ordonnance, dit-il, ne s'explique pas ſur les matiere d'état, comme » ſur la matiere des conventions. A l'égard des conventions elle ſe ſert de » termes prohibitifs impératifs ; dans la » queſtion d'état, rien de ſemblable. On » ne trouve ni termes prohibitifs ni » termes impératifs. Ainſi deux principes » en matiere d'état, où il faut une preuve

ajoûte ſeulement, que *non-ſeulement le juge ſupérieur du reſſort aura un double regiſtre du curé, mais que le juge du lieu*

» ſolemnelle, tirée du regiſtre ; ou cette » preuve authentique venant à man- » quer, il faut ce qu'il y a de plus fort, » & de plus capable d'entraîner, pour » admettre la preuve par témoins. *Nous* » *ne diſons pas qu'il faille un commen-* » *cement de preuve par écrit ;* car on a » excédé, de part & d'autre dans ce » qu'on a dit à ce ſujet. Nos ordonnan- » ces ſont en cela conformes au droit » Romain. Diſons donc avec confiance, » dans l'eſprit du droit civil : *Defende* » *cauſam tuam inſtrumentis & argumen-* » *tis quibus potes.* »

Je penſe qu'à défaut de commencement de preuve par écrit, il faut au moins une poſſeſſion d'état ; car,

3°. La poſſeſſion d'état doit ſuppléer au titre. La poſſeſſion a les mêmes prérogatives dans les queſtions d'état, que dans les autres matieres. Elle ſupplée au titre, en le faiſant préſumer. Lorſqu'un homme a la poſſeſſion d'avoir toujours paſſé pour le fils de deux perſonnes unies par les liens du mariage, quoiqu'il ne rapporte par ſon titre de filiation, on ne pourra lui enlever un état dont on préſume qu'il n'auroit pas joui, s'il ne lui eût appartenu véritablement.

C'eſt en conſéquence de ce principe, qu'un arrêt du parlement de Rouen, du 26 Juin 1760 a jugé, qu'un enfant qui jouit & eſt en poſſeſſion paiſible de ſon état, qui, comme tel a recueilli & joui de la ſuccceſſion de ſes pere & mere, n'eſt point obligé de rapporter leur acte de célébration de mariage, pour recueillir une ſucceſſion collatérale. Dans le fait, on prétendoit qu'il étoit né de parens Proteſtans, & qu'il étoit à préſumer, que ſes pere & mere n'avoient point été mariés en face de l'Egliſe. L'enfant repréſentoit le contrat de mariage de ſes pere & mere, reconnu depuis le mariage, ſon extrait baptiſtaire dans lequel le prêtre, qui l'avoit baptiſé, avoit employé que ſes pere & mere *ſe diſoient mariés.* Il repréſentoit auſſi ſon acte d'émancipation, fait ſous l'autorité de ſa famille.

Mais qu'entend-on par poſſeſſion d'état, & en quoi conſiſte-t-elle ? Les docteurs font conſiſter la poſſeſſion d'état dans ce qu'ils appellent *tractatus & fama catio.* Ménochius *de Arbitrariis l. 2, cent. 1, caſu 89,* les réduit à quatre circonſtances. Nous avons coutume d'obſerver, dit-il, que nous joignons tous les indices enſemble : 1° Que l'enfant eſt né du mari & de la femme qui demeurent ſous le même toît, au vu & ſçu des voiſins. *Illum eſſe natum ex viro & uxore ſimul commorantibus, ſcientibus vicinis.* 2° Qu'il a été traité & regardé comme fils par celui qu'il réclame comme pere : *Sic à patre habitum fuiſſe & tractatum.* 3° Que le pere l'a ſouvent appellé & nommé ſon fils : *Sic ab eo ſæpiùs nominatum eſſe & appellatum.* 4° Que la commune renommée lui a donné ce titre. *Sic ab omnibus communi famâ & voce habitum & creditum.* Mais il n'eſt pas néceſſaire de prouver cumulativement toutes ces circonſtances. *Hac tamèn in re ſolemus animadvertere, neceſſe minimè eſſe relata omnia ſic deducta probare ; nam alterum ex iis probare ſufficit.*

Il eſt cependant bon d'obſerver que l'éducation ne prouve pas la filiation, à moins qu'elle ne ſoit proportionnée à l'état d'enfant legitime, ou faite comme à un enfant légitime. Il ne faut pas, dit Ménochius, que la conjecture de la filiation, qui vient du traitement & de l'éducation, ait pour principe la charité, la piété, plutôt que la paternité dans celui qui a fourni les alimens, parce qu'alors cette cauſe d'alimens n'eſt pas concluante pour la filiation.

Un traitement proportionné à l'état d'enfant légitime, fait en public, de la part des pere & mere, eſt ce qui fait une entiere poſſeſſion d'état ; mais lorſque l'éducation & le traitement ont été ſecrets, c'eſt la quaſi-poſſeſſion d'état.

Quand l'enfant a pour lui la poſſeſſion d'état, il n'a pas de preuve à faire : il a en ſa faveur la préſomption de la loi ; mais la preuve eſt néceſſaire, quand il n'a que la quaſi-poſſeſſion.

Voyons maintenant quelle eſt la reſſource autoriſée par les loix dans le ſecond cas, c'eſt-à-dire, lorſque les regiſtres contiennent fauſſeté, & que l'enfant y eſt inſcrit ſous des noms ſuppoſés par la fauſſe dépoſition de témoins corrompus, ou mal inſtruits.

ſera encore tenu d'en avoir une expédition, pour y avoir recours.

Anſelmo, ſur cet édit, §. 13, obſerve que ces regiſtres

La loi 8, ff. *de Statu hominum*, a prononcé qu'un extrait mal conçu ne peut nuire à un enfant : *Non lædi ſtatum liberorum ob tenorem inſtrumenti malè concepti.*

La loi 29, ff. *de Probat.* prévoit le cas où les pere & mere auroient fait une fauſſe déclaration, & ſuppoſé à leur enfant un état étranger ; & elle répond qu'il faut néceſſairement tâcher de découvrir la vérité. *Mulier quædam repudiata, filium enixa, abſente marito, ut ſpurium in actis profeſſa eſt : quæſitum eſt an obſit profeſſio à matre iratâ facta ? Reſpondit veritati locum ſuperfore.*

Une autre, que nous avons déja cité, veut que, dans ce cas, on ait recours à toutes les preuves permiſes par le droit. *Ad examinationem veri omnis jure prodita probatio debet admitti.*

Il faut donc, dans ce cas comme dans le premier, recourir, ou à d'autres titres, ou à la preuve teſtimoniale, & appliquer ici tous les principes que nous avons détaillés à ce ſujet.

Il eſt vrai que nos ordonnances n'ont rien ſtatué pour ce cas qu'elles paroiſſent n'avoir pas prévu ; mais nous venons d'entendre M. Dagueſſeau dire, en parlant de la perte des regiſtres, que ce cas où l'ordonnance de 1667 permet la preuve par témoins, *eſt un de ceux du droit civil*, où cette preuve doit être admiſe. Il y a donc d'autres cas où on peut admettre cette preuve. Il ajoûte : *Elle ne dit pas même* (l'ordonnance de 1667) *qu'elle ne ſoit admiſſible que dans ce ſeul cas.*

Qu'on ne diſe pas non plus que nos ordonnances défendent d'admettre *la preuve par témoins contre & outre le contenu aux actes :* cette diſpoſition, purement relative aux conventions, ne s'applique pas aux actes de baptême. Sur ces derniers, les ordonnances ſe bornent à ordonner qu'il *ſera tenu des regiſtres en bonne forme*, & que *ces regiſtres feront preuve en juſtice :* on ne trouvera en aucun endroit, que ces loix ayent défendu à un enfant de ſe plaindre qu'on a ſupprimé ſon état, & à la juſtice d'admettre la preuve de cette ſuppreſſion.

C'eſt la doctrine de M. Gilbert de Voiſins : nous nous faiſons un plaiſir de répéter les paroles de ce grand magiſtrat. » L'ordonnance, dit-il, ne s'explique » pas ſur la matiere d'état comme ſur les » conventions. A l'égard des conven- » tions, elle ſe ſert de termes prohibi- » tifs impératifs ; dans la queſtion d'é- » tat rien de ſemblable, on ne trouve » ni terme prohibitif, ni termes impéra- » tif. » Il en concluoit qu'on pouvoit, en matiere d'état, avec de fortes préſomptions cependant, admettre la preuve teſtimoniale contre, & outre le contenu aux actes.

M. Joli de Fleury tenoit la même doctrine, en 1711. Après avoir fait la diſcuſſion la plus complette des ordonnances, il fait voir que, quand elles ont défendu d'admettre la preuve *contre & outre le contenu aux actes*, elles n'ont diſpoſé ainſi, que *pour le cas, où il s'agit d'un contrat qui eſt de pure volonté entre les parties*, mais qu'on ne peut appliquer cette défenſe à des faits *indépendans des parties, ni aux obligations qui naiſſent des délits, ou des faits imprévus, ni enfin à tous les engagemens qui ne ſont pas volontaires, & où il n'a pas été en la liberté des parties de paſſer des actes.* Voyez le Journal des Aud. t. 6, l. 1, ch. 33, où ſon plaidoyer eſt rapporté tout entier.

Le Procès-verbal de l'ordonnance de 1667, p. 224, nous apprend ce que penſoient, à ce ſujet, les commiſſaire eux-mêmes qui l'ont rédigée, & quel eſt le véritable eſprit de l'ordonnance.

M. le préſident dit *qu'il étoit bon de ſçavoir ſi la foi du regiſtre ſeroit tellement conſtante, que l'on ne pût recevoir au contraire aucune preuve par témoins.*

M. Puſſort a dit « que l'on avoit » cherché avec beaucoup de ſoin tout » ce qui pourroit aſſurer la vérité & la » validité de ce regiſtre, mais que tou- » tes les précautions que l'on y avoit » apportées, ne pourroient pas empê- » cher que, lorſqu'il y auroit des admi- » nicules de preuve contraire, la preuve » n'en pût être reçue, mais que l'on n'a- » voit pas jugé à propos d'en faire men- » tion dans un article. »

Ainſi la véritable intention de l'ordonnance n'a pas été d'exclure la preuve

doivent être écrits de la propre main du curé, lequel, dit-il, n'a pas beſoin d'affirmer que ce regiſtre eſt véritable : *Eſt enim perſona publica, & ſacerdos, in dignitate conſtitutus, prælatus & parvus epiſcopus, cui eſt credendum in his quæ attinent ad munus ſuum;* & ſi les ordonnances teſtimoniale, même contre le contenu au regiſtre, lorſqu'il y auroit des adminicules de preuve contraire : ainſi, quelque foi que faſſent les regiſtres, & quoiqu'ils ſoient un titre authentique contre l'enfant, néanmoins ils ne lui oppoſent pas une barriere inſurmontable ; & il peut les renverſer par une preuve contraire.

Il en faut dire autant de la poſſeſſion qui a coutume de ſuppléer au titre, & qui eſt, après lui, la preuve de tout droit en général, & en particulier de l'état de famille, comme nous avons vu. Cette poſſeſſion peut, auſſi-bien que le titre, & même à plus forte raiſon, être renverſée par une preuve contraire. Il ſeroit abſurde d'invoquer contre celui qui ſe plaint qu'on a ſupprimé ſon état, un titre & une poſſeſſion qui ne ſont autre choſe, que l'effet même de cette ſuppreſſion. Il ſeroit abſurde de vouloir combattre l'admiſſion à la preuve de la ſuppoſition, par un titre, ou par une poſſeſſion qui ſont l'effet même de cette ſuppoſition. C'eſt pourquoi, quoique la demoiſelle de Choiſeul eût une poſſeſſion de 26 ans, du nom de S. Cyr ; quoique mille actes domeſtiques paſſés dans le cours de ces 26 années, dans les maiſons de Choiſeul & de la Valliere, dans leſquels on n'avoit fait aucune mention d'elle, fuſſent autant de titres qu'on lui oppoſoit, elle franchit pourtant cet obſtacle ; & l'arrêt du 18 Juillet 1726 l'admit à la preuve teſtimoniale du contraire. La demoiſelle Ferrand, connue de même, pendant 49 ans, ſous le nom de Batilly, vit s'élever contre elle une poſſeſſion encore plus redoutable : cependant ſon état a été auſſi reconnu par l'arrêt du 24 Mars, 1738.

Nous avons parlé ci-deſſus des regiſtres des mariages. L'ordonance a pris les mêmes précautions pour aſſurer les ſépultures : elle veut qu'il en ſoit auſſi dreſſé des regiſtres pour faire preuve en juſtice. L'art. 10 de la déclaration du 9 Avril 1736, qui eſt une extenſion de celle de 1667, porte que, « dans les » actes de ſépulture, il ſera fait mention » du jour du décès, du nom & de la » qualité de la perſonne décédée ; ce qui » ſera obſervé, même à l'égard des en» fans de quelqu'age que ce ſoit, & que » l'acte ſera ſigné ſur les deux regiſtres, » tant par celui qui aura fait la ſépulture, » que par deux des plus proches parens » ou amis, qui y auront aſſiſté, s'il y en » a qui ſçachent, ou qui puiſſent ſigner, » ſinon qu'il ſera fait mention de la dé» claration qu'ils en feront. »

L'ordonnance de 1539, art. 50, vouloit que, dans les actes de ſépulture des bénéficiers, il fût fait mention, non-ſeulement du jour, mais encore de l'heure du décès des bénéficiers, à cauſe que cela peut ſervir à la déciſion des difficultés qui peuvent ſurvenir ſur diverſes proviſions faites par divers collateurs en même jour. Il n'y a pas de doute qu'on ne ſoit admiſſible à la preuve contre ces regiſtres, parce qu'il n'arrive que trop ſouvent qu'on y fait de fauſſes déclarations, pour avoir le tems & les moyens d'obtenir les bénéfices des décédés ; or on ne pourroit guères refuſer la preuve teſtimoniale en ce cas ; cela doit dépendre beaucoup des circonſtances.

Le décès des ſoldats doit être conſtaté par les regiſtres tenus par l'état-major de chaque regiment ; & il n'y a que l'état-major, ou le major du regiment, chargé de ce détail, qui puiſſe délivrer des extraits d'après ces regiſtres qui ſont ſeuls foi & preuve en juſtice. Ces extraits mortuaires contiennent le nom & ſurnom des ſoldats, ſa juriſdiction, ſa paroiſſe, ſa généralité & élection, ſa province, le tems où il entré au ſervice, & le jour de ſon décès ; ſi c'eſt par mort naturelle, ou dans une bataille, un naufrage ou autre accident, & le lieu du décès ; ſi c'eſt dans une ville, un bourg ou un village, en garniſon ou dans un hôpital.

du

du pays ont voulu que les regiſtres fuſſent dépoſés entre les mains des juges, c'eſt que les curés meurent & changent de bénéfices ; au lieu que le greffe eſt un dépôt public où rien ne ſe perd.

10. Le même Anſelmo, §. 14, ſur ces deux articles, obſerve que, quoique ces regiſtres faſſent foi de la naiſſance & de la mort, ils ne font pourtant point foi à l'égard de la preuve de la qualité & de l'état de la perſonne ; ainſi, quand il s'agit de décider ſi un enfant eſt fils légitime d'une perſonne, on ne ſuit pas entiérement la foi de l'extrait baptiſtaire, quoique les parreins & marreines aient déclaré que l'enfant étoit ſon fils : cela ſe doit décider par les autres preuves dont la loi ſe ſert en cette rencontre ; & la raiſon pourquoi, dit Anſelmo, ce regiſtre ne fait foi qu'à l'égard de la naiſſance & du baptême, c'eſt que ce fait n'intéreſſe perſonne : *Ex eo quòd aliquis eſt baptiſatus nemo præjudicium ſentire poteſt. Sed poſteriore caſu*, lorſqu'il s'agit de l'état de la perſonne, parce que cela peut nuire à un tiers, il faut une autre preuve que le regiſtre, & même une preuve concluante & déciſive ; ce qui eſt certain auſſi parmi nous. Mais un extrait baptiſtaire d'un enfant, ſous le nom d'une perſonne qu'il prétend être ſon pere dans la ſuite, peut du moins lui ſervir de commencement de preuve par écrit, ſi on conteſte ſon état, & lui faire obtenir la permiſſion d'en faire la preuve par témoins ; ce qui dépend néanmoins de la prudence du juge.

11. La queſtion touchant les mineurs qui ſe diſent majeurs, ou qui ſuppoſent de faux extraits baptiſtaires, ſoit pour emprunter de l'argent avant l'âge de majorité, ou pour quelqu'autre raiſon, eſt décidée par M. Louet, & Me Julien Brodeau, lettre M, n. 8, rapporte l'arrêt de réglement du 9 Mars 1620, qui défend aux notaires d'inſérer dans les contrats & obligations conçues pour prêt, les déclarations de majorité & extrait baptiſtaire, ſur peine de nullité, & d'en répondre en leur nom ; & celui du 26 Mars 1624, qui défend de prêter de l'argent aux enfans de famille, encore qu'ils ſe diſent majeurs, & qu'ils mettent l'extrait de leur baptiſtaire entre les mains de ceux qui leur prêtent, à peine de nullité des promeſſes, & de confiſcation des choſes prêtées, & même de punition corporelle.

12. A l'égard de la preuve de la tonſure & de l'émiſſion des vœux dont parle l'article 55 de l'ordonnance de Moulins, l'art. 15 & 16 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 y ſont conformes [*]; & pour ce qui eſt des reproches des témoins, l'article 2 du titre 23 de la même ordonnance de 1667 veut qu'ils ſoient juſtifiés par écrit.

[*] Dans les premiers ſiécles de l'Egliſe, l'entrée dans la religion, la ſimple vêture de l'habit étoient des preuves ſuffiſantes de la profeſſion des vœux, ainſi que l'on peut voir par la novelle 5 de Juſtinien, & dans le Concile d'Orléans, tenu ſous le pape Pelage I, du tems du roi Childebert C'eſt avec beaucoup de raiſon que nos rois ont voulu que l'acte, par lequel on engage ſa liberté pour toujours, fût ſujet à certaines formalités qui en conſtatent la vérité d'une maniere authentique.

L'art. 25 de la déclaration de 1736 porte que, « dans les maiſons religieuſes il y aura deux regiſtres en papier commun, pour inſcrire les actes de vêture, noviciat & profeſſion. »

Suivant l'art. 26, « tous les actes de vêture, noviciat & profeſſion, ſeront inſcrits en françois ſur chacun deſdits deux regiſtres de ſuite & ſans aucun blanc; & leſdits actes ſeront ſignés ſur leſdits deux regiſtres, par ceux qui les doivent ſigner, le tout en même tems qu'ils ſeront faits; & en aucun cas, leſdits actes ne pourront être inſcrits ſur des feuilles volantes. »

Par l'art. 17: « Dans chacun deſdits actes, il ſera fait mention du nom & ſurnom, & de l'âge de celui ou de celle qui prendra l'habit, ou qui fera profeſſion, des noms, qualités & domicile de ſes pere & mere, du lieu de ſon origine, & du jour de l'acte, lequel ſera ſigné ſur leſdits deux regiſtres, tant par le ſupérieur ou la ſupérieure, que par celui ou celle qui prendra l'habit ou fera profeſſion, enſemble par l'évêque, ou autre perſonne eccléſiaſtique, qui aura fait la cérémonie, ou par deux des plus proches parens, ou amis, qui y auront aſſiſté. »

Non-ſeulement la preuve teſtimoniale ne peut ſuppléer ces regiſtres; mais même tout autre titre, ou preuve par écrit, ne peut être un équivalent, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt du parlement de Dijon, rapporté par Deſmaiſons dans ſon nouveau Recueil, rendu entre les Cordeliers d'Autun & les héritiers d'un nommé *Buchillon*. Quoique celui-ci eût vecu près de cinquante ans hors du cloître, eût poſſédé des bénéfices, & eût paſſé pour ſéculier pendant tout ce tems, les Cordeliers le réclamoient & s'autoriſoient de comptes rendus à la communauté, en 1626 & 1627, ſignés de Buchillon: les héritiers ſoutenoient, au contraire, qu'il falloit, pour appuyer cette prétention, produire l'acte de profeſſion: l'arrêt du 26 Juillet 1680, avant faire droit, a ordonné que les Cordeliers prouveroient par écrit, dans trois mois que Buchillon a fait profeſſion.

Les regiſtres même ne pourroient faire preuve, s'ils manquoient de la forme qui a été préſcrite par l'ordonnance. Un nommé *Caſtille*, vivoit depuis vingt-cinq ou trente ans dans le ſiécle. Il s'étoit marié & avoit eu des enfans, lorſque les moines de Clairvaux s'aviſerent de le réclamer comme moine d'Orval. Ils prétendoient établir cette qualité par le regiſtre de cette abbaye, contenant une mention de ſa profeſſion, qui avoit, diſoient-ils, été faite publiquement, & écrite de la main de Caſtille. Ils alléguoient que ce n'étoit pas l'uſage de l'abbaye d'Orval de tenir des regiſtres en la forme preſcrite par l'ordonnance, & de faire ſigner l'acte par le profeſſant; & ils produiſoient d'ailleurs des actes capitulaires ſignés *Caſtille*, qu'il n'auroit pas, diſoient-ils, été admis à ſigner, s'il n'eût été profès. Malgré cela, parce que ni le regiſtre d'Orval, ni l'écrit contenant les vœux n'étoient ſignés de *Caſtille*, le Grand-conſeil, par arrêt du 7 Septembre 1763, a jugé que Caſtille n'étoit pas religieux.

DE LA PREUVE
PAR COMPARAISON
D'ÉCRITURES.

SOMMAIRE.

1. *Il n'y a pas de matiere où il ſe commette de plus grands abus que dans la comparaiſon d'écritures.*
2. *Quelques-uns veulent que cette preuve ſoit la plus aſſurée de toutes.*
3. *D'autres, qu'il n'y ait pas de preuve plus foible.*
4. *D'autres prennent le milieu.*
5. *Ce dernier parti a cauſé le plus d'erreur.*
6. *Diviſion de ce Traité.*

De la Preuve par comparaiſon d'écritures en matiere civile.

7. *Le droit Romain en a fait mention.*
8. *Premiere loi qui défend de ſe ſervir de piéces de comparaiſon, qui ne ſoient authentiques.*
9. *Seconde loi qui répute l'écriture privée authentique, lorſqu'elle a été produite par celui contre qui on s'en veut ſervir, ou qu'elle a été tirée d'un dépôt public.*
10. *Troiſieme loi qui veut que la piéce à vérifier ſoit ſignée de trois témoins dignes de foi, ou d'un notaire & de deux témoins, & qu'ils reconnoiſſent leur ſignature.*
11. *Notre uſage à ce ſujet eſt abuſif. Il n'eſt autoriſé par aucune loi.*
12. *Les interpretes du droit, & les docteurs ſont d'avis que la*

comparaiſon d'écritures ne peut faire preuve, quand elle n'eſt appuyée que du ſimple jugement des experts.

13. *Quelques-uns prétendent que, dans le cas même où les ſolemnités de la Novelle ſont obſervées, il faut être extraordinairement réſervé ſur la foi qu'on y ajoûte.*

14. *Ménochius penſe que c'eſt aller trop loin que de dire qu'elle faſſe toujours une demi preuve, tant qu'elle n'eſt appuyée que d'une vérification d'experts.*

15. *Il y en a qui ſoutiennent que la ſimple vérification par experts ne fait pas même une legere préſomption.*

De la Comparaiſon d'écritures en matiere criminelle.

16. *Raiſons de ceux qui ont voulu qu'on l'admette en matiere criminelle.*

17. *Réfutation.* 1° *L'uſage de l'admettre en matiere civile ne doit faire aucun préjugé, étant contraire à la loi.*

18. 2° *Si on l'a quelquefois admiſe dans l'inſtruction des procès criminels, ce n'a pas été comme devant former une preuve, mais ſeulement comme pouvant donner des lumieres.*

19. *Vrais principes de la matiere.*

I. PROPOSITION : Que, généralement parlant, nous n'avons pas de loi qui reçoive la comparaiſon d'écritures, pour faire preuve en matiere criminelle.

20. *La loi divine ne l'autoriſe pas.*

21. *Ni les loix humaines. Les loix Grecques n'en parlent pas, non plus que celles d'aucun autre peuple.*

22. *Les trois Conſtitutions de Juſtinien ne peuvent s'appliquer à la procédure criminelle.*

23. *De la loi même de Conſtantin on doit conclure que la comparaiſon d'écritures n'étoit point admiſe dans d'autres matieres criminelles que dans celles de faux.*

24. *Ariſtote, Cicéron, & Quintilien, qui ont curieuſement rapporté tous les genres de preuves dont on avoit coutume de ſe ſervir dans les accuſations, n'ont point parlé de la comparaiſon d'écritures.*

25. *Nos ordonnances, loin de l'admettre en matiere criminelle, l'excluent formellement.*

II. PROPOSITION : Qu'il n'y a que trois ſortes de preuves reçues en matiere criminelle.

26. *La loi n'admet que trois ſortes de preuves, la littérale, la teſtimoniale, & la conjecturale.*
27. *Ce que c'eſt que la preuve littérale.*
28. *Ce qu'il faut pour faire une preuve teſtimoniale.*
29. *Le témoin doit avoir vu ou entendu les choſes dont il dépoſe.*
30. *Ce que c'eſt que la preuve conjecturale.*
31. *Il n'y a que les indices indubitables qui puiſſent faire une preuve.*
32. *Tous les effets qui peuvent être attribués à deux différentes cauſes, ne ſont point des indices indubitables.*

III. PROPOSITION. La comparaiſon d'écritures n'eſt pas du nombre des trois eſpeces de preuves reçues par la loi en matiere criminelle.

33. *Elle n'eſt point une preuve littérale.*
34. *Elle n'eſt point une preuve par témoins.*
35. *Elle n'eſt point un indice indubitable.*

La reſſemblance de deux écritures ne forme pas la conſéquence néceſſaire qu'elles ſont d'une même main; nec vice versâ.

36. *La reſſemblance, ou la diſparité qui ſe trouve entre deux écritures comparées enſemble, peut être un effet de diverſes cauſes.*
37. *La comparaiſon d'écritures n'eſt qu'une vraiſemblance: or il n'y a pas d'argument plus foible que celui qui ſe tire de la vraiſemblance.*
38. *Il eſt mille fois plus rare de voir deux enfans de divers peres qui ſe reſſemblent, que de voir deux écritures de différentes mains qui ſoient ſemblables.*
39. *Les experts ont ſouvent été trompés par la reſſemblance des écritures.*
40. *Les experts n'ont pas des régles aſſurées pour prononcer à ce ſujet.*
41. *Ils n'oſent pas aſſurer qu'ils ſçavent que telle écriture eſt vraie ou fauſſe, mais ſeulement qu'ils le croient.*
42. *C'eſt ſur-tout quand il s'agit d'une piéce où un homme*

eſt accuſé d'avoir voulu contrefaire un ſeing étranger, qu'il eſt impoſſible aux experts de juger de la vérité.

43. *Concluſions que la comparaiſon d'écritures ne peut faire une preuve dans les queſtions capitales.*

REPONSE à la premiere Objection.

44. *La loi* Ubi *ne regarde pas la comparaiſon d'écritures, comme faiſant preuve : voici l'eſprit de cette loi.*

45. *Il n'y a pas de crime où il y ait plus de difficulté à connoître le criminel, qu'en matiere de faux.*

46. *Egalement à connoître l'innocent.*

47. *L'innocent eſt même beaucoup plus en péril que le criminel, lorſqu'il s'agit de la vérification.*

48. *La loi n'a pas jugé que la preuve par témoins fût ſuffiſante en ce cas.*

49. *Pour que leur dépoſition fût de quelque conſidération, il faudroit d'abord qu'il y eût un corps de délit conſtaté.*

50. *Pour ſuppléer à cette incertitude des témoins, la loi a ordonne la comparaiſon d'écritures, non pas comme ſuffiſante pour prouver, mais comme capable d'aider à la preuve.*

51. *Auſſi le texte demande-t-il conjointement l'une & l'autre.*

REPONSE à la ſeconde Objection.

52. *La comparaiſon d'écritures n'eſt pas une ſémi-preuve ; d'abord la ſémi-preuve eſt un être imaginaire.*

53. *En ſecond lieu, en admettant les ſémi-preuves, la comparaiſon d'écritures n'en eſt pas une.*

54. *Car, 1° en matiere criminelle il faut des indices manifeſtes, indubitables, & clairs comme le jour.*

55. *2° Un indice indubitable ne fait pas même une preuve parfaite.*

56. *Deux conditions néceſſaires en une preuve ; l'une qu'elle ſoit légitime, l'autre qu'elle ſoit parfaite.*

57. *Il y a deux ſortes de ſciences.*

58. *Deux ſortes de convictions.*

59. *La loi ne ſe contente pas d'un ſeul indice indubitable ; elle en demande pluſieurs.*

60. *Or la comparaiſon d'écritures ne forme qu'un ſeul indice.*

61. *Le comparaiſon d'écritures ne forme pas la plus legere préſomption en matiere criminelle, même lorſque la piéce*

qu'il s'agit de vérifier eſt ſignée de deux notaires, ou d'un notaire & de deux témoins.

62. *L'inſcription de faux n'eſt pas même recevable contre cet acte, quand on ne rapporte pas de plus forte preuve du faux, que la comparaiſon par experts.*

REPONSE à la troiſieme Objection.

63. *La difficulté qu'il y aura à convaincre le fauſſaire qui aura eu ſoin d'éviter la préſence des témoins, ſi on ne le peut faire par la comparaiſon d'écritures, a également lieu lieu pour les autres crimes.*

64. *La difficulté de prouver un crime ne diſpenſe pas d'en faire la preuve.*

65. *Les moyens ſinguliers que la religion a quelquefois ſuggérés pour découvrir le crime, ne doivent pas ſervir d'exemple.*

66. *Beau paſſage des Capitulaires de Charlemagne.*

1. IL n'y a point d'uſage plus fréquent au palais, que celui de la preuve par comparaiſon d'écritures; & cependant il n'y en a peut-être point où il ſe commette de plus grands abus, & où nous paroiſſions être moins inſtruits.

2. Quelques-uns veulent que cette preuve ſoit la plus aſſurée de toutes, parce, (diſent-ils,) qu'étant fondée ſur une reſſemblance naturelle dont chacun peut être témoin, elle a cela par-deſſus les autres, qu'en celle-ci le juge eſt obligé de ſe rapporter à la foi d'autrui, là où, dans la comparaiſon d'écritures, il eſt juge par ſes propres yeux, & n'a beſoin d'ajoûter foi qu'à ſoi-même.

3. D'autres ſoutiennent qu'il n'y a pas de preuve plus foible, ni moins conſidérable que celle-là, parce qu'ils diſent que le rapport qui ſe trouve entre deux écritures, étant d'ordinaire l'effet d'une reſſemblance fortuite ou étudiée, ce ſeroit commettre bien imprudemment la fortune, l'honneur, & la vie des hommes, aux caprices du hazard, & à la diſcrétion des fauſſaires, que d'aſſeoir des condamnations ſur une conjecture ſi incertaine & ſi trompeuſe.

4. Il y en a quelques-uns qui, entre ces deux extrémités, prennent un milieu. Ils veulent bien que la comparaiſon d'écritures faſſe preuve dans les matieres civiles;

mais ils la rejettent entiérement des matieres criminelles ; & quelques autres enfin, cherchant encore un autre milieu, eſtiment qu'en l'un & en l'autre cas, il ne faut ni trop négliger cette voie de parvenir à la connoiſſance de la vérité, ni s'y attacher auſſi trop ſervilement, & qu'il doit dépendre de la qualité & des circonſtances d'une affaire, & de la prudence des juges, d'y ajoûter telle foi que bon leur ſemble.

5. Quoique ce dernier parti ſoit apparemment le plus raiſonnable, l'on peut dire néanmoins que c'eſt celui qui a cauſé le plus d'erreur ; car, comme les eſprits cherchent naturellement à ſe dégager de la ſervitude, & qu'ils veulent de la liberté dans leurs opinions, l'on n'a pas manqué, ſur ce fondement, de ſe diſpenſer peu-à-peu des régles ; & chacun s'eſt fait, à ſa fantaiſie, des maximes particulieres pour abſoudre & pour condamner les hommes ſur des écrits déſavoués, ſelon que ſon ſens naturel l'y a porté, quelquefois ſelon que ſon inclination a diſpoſé ſon eſprit à croire ou décroire les choſes ſur la vraiſemblance, & ſouvent ſelon que ſon humeur s'eſt trouvée plus inclineé à ménager ou à prodiguer la vie & le ſang des particuliers.

Ainſi l'on peut dire que ce principe a fait qu'il ſemble qu'il n'y en ait plus aucun en cette matiere ; que c'eſt une régle qui a renverſé toutes les autres, & qu'au lieu d'établir quelque ordre & quelque certitude dans les jugemens, l'on y a introduit par-là le déſordre & la confuſion ; c'eſt ce qui m'a fait réſoudre de l'étudier avec quelque ſorte d'application, étant obligé de chercher & d'apprendre dans les originaux ce que le déréglement de l'uſage ne permet plus à l'expérience de nous enſeigner, & d'avoir recours aux textes des loix, en une matiere que les praticiens ont entiérement confondue.

J'ai même voulu mettre par écrit les principales maximes que j'ai cru nous devoir ſervir de régles en de pareilles occaſions ; & j'en ai fait cet abrégé, non pas pour me mêler d'inſtruire les autres, mais pour m'inſtruire moi-même, & pour engager ceux qui ont de plus grandes lumieres ſur ce ſujet, d'en faire part au public, afin que j'en puiſſe auſſi profiter.

6. Je diviſerai ce petit Traité en deux parties ; & comme l'uſage de la comparaiſon d'écritures eſt appliqué à deux ſortes

ſortes de jugemens ; à ſçavoir aux jugemens civils, & aux jugemens criminels : je tâcherai d'expliquer au premier point, quelle peut être la force de cette preuve dans les matieres civiles ; & au ſecond point, j'eſſayerai de faire voir quel en peut être l'effet dans les matieres criminelles. Mais je ſerai fort court dans la premiere partie, parce que la plûpart des difficultés, qui la concernent, ſont déja, ou expreſſément décidées par les loix, ou traitées par les docteurs. Je ne toucherai, pour ainſi dire, qu'en paſſant, & autant ſeulement qu'il eſt néceſſaire d'en connoître les principes, pour les appliquer aux matieres criminelles ; car celles-ci paroiſſent avoir été plus négligées, en ce point, par les loix & par les interpretes, bien qu'elles ſoient pourtant les plus dignes de réflexion, puiſque ce ſont, ſans doute, les plus importantes, & celles où il eſt le plus néceſſaire de s'inſtruire, comme il eſt le plus dangereux d'y faillir.

7. L'USAGE DE LA COMPARAISON D'ECRITURES eſt fort ancien dans les matieres civiles ; ce n'eſt pas qu'il en ſoit fait aucune mention dans les digeſtes : je ne ſçache que quatre endroits où il en ſoit parlé dans les corps du droit ; les deux premiers ſont du Code, les deux autres des Novelles. Mais de ces quatre textes, il n'y en a que trois d'où nous puiſſions tirer des maximes générales pour nous en ſervir ſur ce ſujet ; car, outre que l'autre eſt particulier pour la matiere de faux, dont je parlerai en ſon lieu, c'eſt qu'il n'y eſt fait mention de la comparaiſon d'écritures qu'en paſſant, ſans qu'il y ſoit aucunement parlé, ni de ſa forme, ni de ſon effet.

De la comparaiſon d'écritures en matiere civile.

L. Comparationes. Cod. de Fide inſtrum.

L. Ubi ad l. Corn. de Falſ. Cod. Novell. 49, & nov. 73, D. l. Ubi. D. l. Comparationes. Cod. de Fide inſtrum.

8. La premiere loi qui en traite expreſſément, eſt dans le titre du Code intitulé, *De la foi qu'on doit ajoûter aux écritures*. Ce fut l'empereur Juſtinien qui la fit, pour corriger un abus de ſon tems, qui, comme il le remarque lui-même, donnoit occaſion à une infinité de fauſſetés. En effet, quel déſordre n'étoit-ce point de recevoir, comme l'on faiſoit alors, des ſignatures privées, pour ſervir de piéces de comparaiſon à celles que l'on vouloit vérifier ; & quelle conſéquence pouvoit-on tirer de la reſſemblance, ou de la diverſité de deux écritures, dont il n'y en avoit

pas une authentique ? N'étoit-ce pas s'expoſer au hazard de prendre une piéce fauſſe pour le modele d'une véritable, & faire comme un ignorant architecte qui, ſans avoir éprouvé la juſteſſe de ſa régle & de ſon compas, s'en voudroit ſervir pour déterminer les proportions d'un bâtiment.

Voilà donc pourquoi l'empereur fit cette premiere conſtitution, par laquelle il défendit de ſe ſervir de piéces de comparaiſon, qui ne fuſſent authentiques ; ou, ſi c'étoient des écritures privées, qu'elles ne fuſſent ſignées de trois témoins.

9. Cette loi qui réformoit un abus, produiſit un autre inconvénient ; car, il ſembloit par-là que jamais on ne ſe pût ſervir d'une écriture privée pour en faire une piéce de comparaiſon, à moins qu'elle ne fût ſignée de trois témoins ; & cependant il y avoit deux rencontres où cela étoit injuſte ; l'une, lorſque l'écriture privée étoit produite par celui contre qui l'on s'en vouloit ſervir de piéce de comparaiſon ; l'autre, lorſqu'elle étoit tirée d'un dépôt public. Au premier cas, n'étoit-ce pas une mauvaiſe foi à celui qui avoit une fois reconnu la vérité d'une piéce en la produiſant, de la vouloir après cela révoquer en doute, quand on s'en ſervoit contre lui ? Et au ſecond, quelle apparence d'avoir pour ſuſpecte une piéce tirée d'un dépôt public [a], & de ſouffrir que les particuliers refuſaſſent d'ajoûter croyance à un titre ſur lequel la foi publique ne faiſoit pas difficulté de ſe repoſer ? Juſtinien ordonna donc par une ſeconde loi, qui eſt la * 49e de ſes nouvelles Conſtitutions, qu'en l'une & en l'autre de ces deux rencontres, l'écriture privée ſeroit réputée authentique pour ſervir à la comparaiſon, non pas comme diſent quelques-uns, afin de corriger ſa premiere loi, mais ſeulement pour en expliquer le ſens & les termes.

* *Nov.* 49.

10. Mais l'empereur s'apperçut bientôt que ces deux pre-

[a] *De la nov.* 49, *l'on voit que*, ſcriptura privata ſumpta ex archivo publico plenè probat.

Mais Dumoulin, après d'autres auteurs qu'il cite, dit que trois choſes ſont requiſes, pour montrer ce que c'eſt qu'archive public ; 1° que le lieu ſoit public ; 2° que ce ſoit où les écritures publiques ont accoutumé d'être gardées ; 3° qu'elles ſoient gardées par un officier public, tit. des Fiefs, §. 8, gl. dénomb. n. 26, p. 316. *Il faut pourtant, outre cela, une atteſtation d'un dépoſitaire public, qui atteſte que c'eſt-là l'original, ou, ſi c'eſt la copie, qu'elle ſoit collationnée, partie appellée*, ibid.

mieres loix n'avoient pas encore remédié au déſordre, & que, tant qu'on ajoûteroit foi à la reſſemblance des écritures, de quelque qualité qu'elles fuſſent, ce ſeroit toujours expoſer la fortune des particuliers à la merci des fauſſaires, & à la témérité des experts; c'eſt pourquoi il fit ſa novelle 73, dont il eſt néceſſaire d'obſerver quels furent les motifs, & quelle fut la diſpoſition.

Quant aux motifs, ils ſont ainſi expliqués dans la préface [a].

Nous avons fait réfléxion ſur les loix qui ont été juſqu'ici établies, touchant la comparaiſon des écritures : nous avons vu qu'il y en a quelques-unes par leſquelles cette maniere de preuve a été reçue; nous avons vu auſſi qu'il y en a d'autres, par leſquelles nos prédéceſſeurs l'avoient entiérement rejettée. (Je dirai, en paſſant, qu'il ne nous reſte plus rien de celle-ci.) *L'expérience avoit fait connoître à ſes ſages empereurs, que ce moyen inventé pour couper chemin à la mauvaiſe foi de quelque particuliers, n'avoit fait qu'ouvrir la porte aux fauſſaires; que du moment qu'ils avoient vu que l'on faiſoit conſiſter la foi d'une piéce en la reſſemblance, ils ne s'étoient plus exercés qu'à contrefaire toutes ſortes d'écritures; & qu'enfin c'étoit un aveuglement étrange de penſer bien juger de la qualité d'un acte faux, par le ſeul rapport qu'il avoit avec un acte véritable, puiſque la fauſſeté n'eſt autre choſe qu'une imitation des choſes vraies. Auſſi avons-nous reconnu nous-mêmes qu'il provenoit de-là un nom-*

[a] Novimus noſtras leges, quæ volunt, ex collatione litterarum fidem dari documentis, & quià quidam imperatorum ſuperexcreſcente jam malitiâ eorum qui adulterantur documenta, hæc talia prohibuerunt: illud ſtudium falſatoribus eſſe credentes, ut ad imitationem litterarum ſemetipſos maximè exercerent, eò quod nihil eſt aliud falſitas, niſi veritatis imitatio. Quoniam igitur in his temporibus innumeras invenimus falſitates in judiciis multis quorum fuimus auditores, & quoddam inopinabile ex Armeniâ nobis exortum eſt. Oblato namque commutationis documento & litteris diſſimilibus judicatis, quoniam poſteà inventi ſunt ii qui de documento teſtati ſunt ſupſcriptionem ſubdentes, & eam recognoſcentes, fidem ſuſcepit documentum; & quoddam hinc inopinabile occurrit, eo quòd litteræ quidem ſinè fide viſæ ſunt, licèt examinata reſponſa verorum teſtium cum veritate concordaverunt, & hoc per fidem teſtium quæ videtur quodammodò eſſe cauta. Videmus tamen naturam ejus crebrò egentem rei examinatione, quando litterarum diſſimilitudinem ſæpè quidem tempus facit. Non enim ità quis ſcribit juvenis & robuſtus, ac ſenex & fortè tremens; ſæpè autem & languor hoc facit. Et quidem hoc dicimus quando calami & atramenti immutatio ſimilitudinis per omnia aufert puritatem; & nec invenimus de reliquo dicere quanta natura generans innovat & legiſlatoribus nobis præbet cauſas, &c.

bre infini de fauſſetés ; & nous avons vu entr'autres, arriver une choſe incroyable en Arménie. Un particulier ayant produit en juſtice un contrat d'échange, la comparaiſon en fut ordonnée ; les experts furent entendus : ils trouverent une diſparité entiere dans les écritures ; ils jugerent la piéce fauſſe ; & cependant, par l'événement, la piéce qu'ils avoient jugée fauſſe, ſe trouva vraie, & elle fut reconnue par tous les témoins qui l'avoient ſignée. Mais en effet, quel fondement peut-on faire ſur une reſſemblance qui peut être altérée par tant de cauſes? Un homme écrit-il toujours de même maniere? Quel rapport peut-il y avoir entre les traits qui partent de la main vigoureuſe & aſſurée d'un jeune homme, & ceux qui partent de la même main, quand elle eſt affoiblie & tremblante, par la langueur de la vieilleſſe? Mais que dis-je? faut-il autre choſe qu'un ſimple changement d'encre ou de plume pour ôter la naïveté de la reſſemblance? Il eſt impoſſible enfin d'exprimer tous les inconvéniens qui en peuvent naître, & donner occaſion aux légiſlateurs, &c. Voilà quelle eſt la préface de cette Novelle.

Quant à la diſpoſition elle paroît, à la vérité, un peu embarraſſée, parce que l'empereur, conſidérant d'un côté l'injuſtice qu'il y avoit de faire, en quelque maniere que ce fût, dépendre la vérité d'une preuve ſujette à tant d'incertitudes, & ne voulant pas néanmoins auſſi la rejetter tout-à-fait des matieres civiles, il eut peine à concilier deux penſées qui ſembloient, en quelque ſorte, contraires : voici enfin ce qu'il ordonna.

[*a*] Nous avons vu que par ſa premiere loi, il avoit dé-

[*a*] Sed & ſi quis aut mutui inſtrumentum aut alterius cujuſpiam faciat, & noluerit hoc in publico confiteri (quod & in depoſito definivimus) non ex ipſo videatur credibile quod ſcribitur ſuper mutuo documentum, niſi etiam teſtium habeat præſentiam fide dignorum, non minùs trium ; ut ſive veniant & propriis ſubſcriptionibus atteſtentur, ſive alii quidam teſtificentur quia præſentibus eis confectum eſt documentum, fidem cauſa ex utroque percipiat. Etiam litterarum examinatione penitùs non repulsâ, ſed ſolâ non ſufficiente, augmento autem teſtium confirmandâ.

Si verò moriantur omnes teſtes, aut forſan ſit abſint, aut aliter non facilè fidem ex teſtium ſubſcriptionibus invenire, neque tabellio ſupereſt qui complevit (ſi quidem publicè ſit confectum) quatenùs teſtimonium perhibeat pro ſe, aut non eſt in civitate : ſed neceſſe eſt omninò collationem litterarum ſuppletiones eorum qui ſubſcripſerint aſſumere ; tunc competens eſt properare quidem ad comparationes (neque enim eas modis omnibus interdicimus) per omnem autem ſubtilitatem procedere. Et omninò, ſi putaverit eis judex oportere credi, etiam jusjurandum injicere proferenti ; quià nihil maligni conſcius in eo quod à ſe profertur, nec quandam artem circa

fendu de prendre, pour piéces de comparaiſon, des écritures qui ne fuſſent authentiques, c'eſt-à-dire, paſſées par des perſonnes publiques, ou ſignées de trois témoins : par celle-ci, il défend de vérifier aucune piéce par comparaiſon d'écritures, ſi la piéce, que l'on veut faire vérifier, n'eſt auſſi ſignée de trois témoins dignes de foi, ou d'un notaire & de deux témoins ſans reproche, ou du moins, ſi elle n'eſt paſſée en préſence de trois témoins irreprochables. Ce n'eſt pas tout ; il veut que le notaire & les témoins, qui auront ſigné avec la partie, reconnoiſſent leur ſignature au bas de cet acte. Si le notaire reconnoît la ſienne, en ce cas-là, dit-il, c'eſt une piéce publique qui n'a point beſoin d'être vérifiée par comparaiſon. Mais ſi c'eſt un acte qui ne ſoit ſigné que de trois témoins, ou qui ſoit ſeulement

collationem fieri præparans ſic utitur eo: quatenùs neque perimatur quicquam omninò, & per omnia munitio in rebus fiat. In his verò quæ conficiuntur publicè documentis, ſi tabellio venerit, & teſtimonium perhibuerit cum jurejurando, ſi quidem non per ſe ſcripſerit, ſed per alium miniſtrantem ſibi, & ille ſi vivit, ſi quidem poſſibile omninò eſt eum venire & nulla cauſa prohibet ejus adventum, ægritudo fortè valida, aut quælibet aliarum neceſſitatum quæ hominibus accidunt. Quòd ſi etiam adnumeratorem habuerit inſtrumentum, & ipſe adveniat; ut tres ſint teſtificantes & non unus. Si verò neque adnumerator aſſumptus eſt, & inſtrumentum ipſe tabelllio totum per ſe conſcripſit atque ſupplevit; aut ſi etiam qui hoc conſcripſit, non eſt, aut aliter ipſe venire non valet: tamen eum jurejurando propriæ completioni atteſtetur ut comparationi non fiat locus, ſint etiam ſic credibilia documenta. Teſtimonium enim & ex voce complentis factum, & jusjurandum habens adjectum, præbuit quoddam cauſæ monumentum. Quòd ſi Tabellio defunctus eſt, & teſtimonium perhibeatur ſuppletioni ex aliâ collatione, ſi quidem etiam ſic habeat eum qui conſcripſit inſtrumentum viventem, & adnumeratorem, adveniant & illi, ſi qui ſem præſentes ſunt; & habeat ex collatione adimpletionem & ex reſtibus cauſa fidem. Si verò nullus horum ſit, tunc fiat quidem completionum collatio: non autem ſola hæc ad hoc ſufficiat, ſed & aliorum ſubſcribentium fortè aut contrahentium ſcripturæ examinentur, ut ex plurimis comparationibus tàm completionis quàm ſubſcribentium fortè aut etiam contrahentium una quædam colligatur, undique & efficiatur fides. Si verò nihil aliud inveniatur præter collationem inſtrumentorum: quòd hactenùs valuit, fiat; ut qui profert ad collationis documentum juret ſolemniter. Ut autem aliquod omninò cauſa ſumat augmentum ad majorem negotii fidem, & ipſe qui hoc petit fieri, juret quia non aliam idoneam habens fidem, ad collationem inſtrumentorum venit, nec quicquam circà eam egit aut machinatus eſt quòd poſſit fortè veritatem abſcondere. De quibus licebit ſeſe liberare contrahentes, ſi conſenſerint utrique ad hoc venire, ut inſinuent inſtrumenta, & profiteantur ea ſub geſtis monumentorum ipſi contrahentes, quatenùs priventur nequitiâ, & corruptione, & falſitatibus. Et quæcumque alia mala corrigentes, præſentem promulgamus legem: iis quæ dudùm à nobis in collationibus litterarum factarum, ſcripturam propriæ manûs ſancita ſunt, in ſuâ virtute manentibus: procul dubio & in iis qui litteras neſciunt quæ olim valent in judiciis, ſuam habentibus firmitatem: quoniam quidem ex judiciali formâ acceperunt examinationem hæc talia competentem, & nov. 73, c. 2, & 7.

écrit en leur préſence ſans être ſigné d'eux ; ou même s'il eſt paſſé par un notaire devant deux témoins, mais que le notaire ſoit décédé depuis, & ne ſoit plus en état de dépoſer ; en ce cas, (outre la vérification par comparaiſon d'écritures,) il veut que les témoins, qui ont ſigné, reconnoiſſent tous leurs ſeings, & en outre que, ſoit qu'ils aient ſigné, ſoit qu'ils n'aient pas ſigné, ils dépoſent que l'écriture vérifiée par experts, a été faite en leur préſence, de la même main dont les experts ont jugé qu'elle étoit écrite. Que ſi les témoins, non plus que le notaire, ne ſont plus vivans pour dépoſer de la vérité, il ordonne que leur ſignature ſoit vérifiée, tout ainſi que celle de la partie. *Mais*, pourſuit-il, *ſi l'acte ne ſe trouve pas ſigné du nombre de perſonnes publiques, ou de témoins que nous avons ordonné, en ce cas, la ſeule comparaiſon d'écritures ne ſera jamais ſuffiſante pour y faire ajoûter foi ; & il faudra qu'après la vérification faite, le juge ſe rapporte au ſerment déciſoire de la partie qui s'en veut ſervir.*

Pour n'en rien obmettre, il y a encore cette diſtinction [*a*], que ſi les contrats ſont de peu d'importance, ou paſſés à la campagne, l'on n'y deſire pas ces formalités ; mais à l'égard de tous les autres, jamais la ſeule comparaiſon d'écritures ne ſuffit pour y faire ajoûter foi.

[b] *Car enfin*, répete le texte, *la reſſemblance des écritures nous eſt trop ſuſpecte ; c'eſt un argument qui nous a mille & mille fois trompés : nous ne ſçaurions nous y rapporter, tant que nous ne verrons point de meilleure preuve.*

C'eſt-là le diſpoſitif de cette Novelle, d'où l'on voit qu'en effet, ſi Juſtinien n'a pas abſolument rejetté la comparaiſon d'écritures des preuves civiles, il l'a néanmoins ſi peu conſidérée, qu'on peut dire qu'il n'en a quaſi fait aucun état.

[*a*] Authentica. At ſi contractus. Cod. de Fid. inſtr. At ſi contractus fiat in civitate & unam libram auri exceſſerit, omnimodò adſit collationi argumentum quodlibet, nec ei ſoli credatur. Argumentum, id eſt, ſignatura & depoſitio teſtium, ut nov. 73, Si verò moriantur. Gloſſ. ibid.

[*b*] Nam falſitates & imitationes metuentes & nudis eis non credentes, &c. nov. 73, *Cap. Si tamen.* Ex quo igitur plus mille falſitates, hiſce temporibus in multis cauſis, quibus accomodavimus audientiam deprehendimus. d. nov. 73, ſecundùm verſionem Gregor. Haloand. Utcunque enim falſitates & ſcriptorum imitationes vereamur neque illis ſi teſtibus deſtituti ſint fidem habeamus, *&c.* Neque temerè ſcripturarum fidem propter prædictas cauſas, ex aliarum comparatione admittere oportet. Ibid.

Et de vrai, quand il ordonne qu'elle ne fera point de preuve, ſi la piéce que l'on veut vérifier n'eſt ſignée de trois témoins, ou d'un notaire & de deux témoins, ou du moins, ſi elle n'eſt faite en préſence de trois perſonnes [a] *graves* & dignes de foi; & s'ils ne dépoſent tous qu'ils l'ont vue écrire en leur préſence, par celui dont la main eſt reconnue par les experts; n'eſt-ce pas dire en quelque maniere qu'on ne conſidérera nullement la comparaiſon d'écritures, puiſque, généralement parlant, la dépoſition de trois, & même de deux perſonnes dignes de foi, eſt toujours ſuffiſante pour faire preuve.

11. Il paroît donc de-là, qu'il s'eſt gliſſé un grand déréglement dans notre uſage; car il ſemble aujourd'hui que pour condamner un homme en matiere civile ſur un écrit, ce ſoit aſſez que des écrivains rapportent que c'eſt ſa ſignature. Cependant la loi y eſt directement oppoſée: nous voyons qu'elle demande deux choſes; *la ſignature, ou du moins la préſence de trois perſonnes dignes de foi;* & de plus, *leur dépoſition.*

D'où vient que nous prétendons nous diſpenſer de ces formalités? Eſt-ce que les fauſſaires ſont plus rares & moins ingénieux à contrefaire les écritures, qu'ils n'étoient en ce tems-là? Eſt-ce que nous avons quelque loi, ou quelque coutume qui établiſſe une autre diſpoſition? Ce n'eſt rien de tout cela; mais c'eſt que les régles s'oublient, à meſure qu'elles vieilliſſent; & comme plus une eau s'éloigne de ſa ſource, plus il s'y mêle d'impuretés; auſſi plus nous allons en avant & nous éloignons, pour ainſi dire, de l'origine des loix, plus il ſe mêle d'erreurs & d'abus dans nos connoiſſances.

12. Auſſi les interpretes du droit qui, pour avoir toujours la loi devant les yeux, n'en peuvent pas oublier les principes ſi-tôt que nous, ne ſe ſont jamais départis de ces ſages & équitables maximes. Toutefois & quantes qu'ils

[a] *La même verſion d'Haloandre porte*: Teſtes advocatos, quoad fieri poteſt, graves & fide dignos non minùs quàm tres: ne de ſcripturâ tantummodò, & ejus per comparationem examinatione pendeamus, ſed nobis quum judicamus ſuppetat quoque à teſtibus auxilium. Quippe talia teſtimonia deſideramus in quibus prodeuntes teſtes dicant, ſe præſentibus ſcripſiſſe eum qui inſtrumentum confecerat, quodque ita factum ſciant.

ont parlé de la [a] comparaiſon des écritures, ils ont dit que, tant qu'elle n'eſt appuyée que du ſimple jugement des experts, elle ne pouvoit jamais être comptée au nombre des preuves. *Il en faut faire ſi peu de cas*, dit la gloſe, *qu'elle ne peut aller tout au plus qu'à former une préſomption telle quelle.* En un mot, le plus grand effet qu'ils aient oſé lui attribuer, a été de dire qu'elle peut donner lieu au juge de déférer le ſerment à la partie qui veut s'en ſervir. M. Cujas, entr'autres, l'a ainſi écrite en ces termes : *La ſimple comparaiſon d'écritures toute nue ne fait point de foi. Le plus grand effet qu'elle puiſſe avoir, eſt de paſſer pour une demi-preuve, c'eſt-à-dire, d'obliger le juge de déférer le ſerment à la partie qui en ſoutient la vérité. Mais pour faire preuve, il faut que le rapport des experts ſoit appuyé, & de la ſignature des témoins, & de leur dépoſition.*

13. Une infinité de docteurs, dont le nom ſeroit ici importun, ont été de ce même avis : encore y en a-t-il parmi eux, qui tiennent que, dans le cas meme où toutes les ſolemnités de la Novelle ſont obſervées, il faut être ex-

[a] Comparatio litterarum ſinè teſtimoniorum confirmatione, non ſufficit ad veritatis probationem Julian. antec. ad nov. 73.

Comparatio litterarum per quam qualis colligitur fides. Gloſſ. fin. ad l. 3. Cod. de Reb. cred.

Comparatio ſola non probat jure authenticorum. Gloſſ. in verbo *Teſtium.* Nov. de inſtrum. Caut. & Fide 73. Comparatio ſola litterarum non probat, quià litteræ poſſunt variari. Gloſſ. in verbo *Facianus*, ad l. Comparationes. Cod. de Fide inſtrum. Non creditur ſoli comparationi ſinè alio argumento : id eſt, ſinè depoſitione trium teſtium deponentium quod viderunt eam præſcribi. Paul de Caſt. ad Rubr. Auth. Jat ſi contractus.

Scripturæ nudæ licèt comparatione litterarum confirmetur, plenam fidem non eſſe. Judicem tamen eâ moveri poſſe ad deferendum jusjurandum, id eſt, probationem facere ſemiplenam : eam quæ teſtes habet ſubſcriptos ; probationem facere plenam. Cujac. ad nov. 49. Idem ad nov. 73. Item ad Titul. Cod. de Fide inſtrumentorum.

Addendum eſt chirographum ſuper quo controverſia eſt, & quod reus à ſe ſcriptum negat, ne tunc quidem probare, quando ex aliâ ſcripturâ trium teſtium ſubſcriptionem habente comparatio facta eſt : niſi chirographum illud cujus fides quæritur ex comparatione alterius ſcripturæ trium teſtium ſubſcriptionem habentis, etiam à tribus fide dignis teſtibus ſubſcriptum fuerit. Conrad. Ritherſus in Expoſ. Method. Novel. part. 9, cap. 25. Et niſi teſtes propriæ ſupſcriptioni atteſtentur quòd eis præſentibus facta eſt charta. Gloſſ. final. auth. At ſi, Cod. de Fide inſtrumentorum.

Et quod valeat tantùm ad deferendum jusjurandum ſola litterarum comparatio, tenent Barboſ. ad l. Admodendi, de Jurejurando, n. 26, art. conſ. 64 ; Felin. cap. 2, n. 14, Cod. de Fide inſtrum. Alexand. conſ. 76, n. 3, l. 3 ; conſ. 80, l. 4, n. 4 ; & Conſ. 150, n. 16, l. 5 ; Bertrand. conſ. 140, l. 2. Curt. ſent. dict. l. Admonendi, n. 115 & 117. Ruin. conſ. 35, n. 8 ; Rol. à Val. conſ. 26, n. 12 & 13, l. 1, *&c.*

trêmement

trêmement retenu ſur la foi qu'on ajoûte à la reſſemblance des écritures [a]: *Car qu'y a-t-il de plus incertain*, dit Mornac, *qu'une choſe qui peut tromper en tant de manieres? C'eſt pourquoi*, ajoûte-t-il, *nous voyons que les ſages magiſtrats ont toujours ces ſortes de vérifications pour extrêmement ſuſpectes, & que dans la définitive d'un procès, ils tirent bien plutôt leurs raiſons de décider, des autres circonſtances d'une affaire, que de la reſſemblance de deux écritures, ni d'une dépoſition d'experts, où il n'y a jamais d'aſſurance.*

14. Auſſi Ménochius [b] qu'on peut alléguer pour l'un de ceux qui ont le mieux traité cette matiere, & qui en a fait un chapitre exprès dans lequel il a examiné preſque tous les cas & toutes les queſtions qui ſe peuvent former ſur la comparaiſon d'écritures en matiere civile, réſout que c'eſt aller trop avant de dire qu'elle faſſe toujours une demi-preuve, tant qu'elle n'eſt appuyée que d'une vérification par experts. *Tous ſont d'accord qu'elle ne fait pas une preuve entiere; mais il n'y en a que quelques-uns qui diſent qu'elle puiſſe même prouver à demi: encore ne les en faut-il pas trop croire; car il n'y a pas un ſeul texte de ceux ſur quoi ils ſe fondent, qui le porte ainſi. La loi* [c] *dit bien, à la vérité, qu'il ne faut pas entiérement négliger le jugement des experts, ni la reſſemblance des caracteres; mais où eſt-ce qu'elle porte que leur jugement fera une demie-preuve? Quoiqu'il en ſoit*, dit encore Menochius, [c] *nous ne pouvons*

[a] Nihil enim fallacius, cùm ætas, valetudo, temporiſque oportunitas, aut difficultas naturalem ſcriptionum cauſam mutare ſoleat. Indeque etiam numquam boni cautique Judices indicia ex incertis illis indiciis dicunt, &c. Denique compertum habemus plus ſatis, ſuſpecta eſſe adeò judicibus ea comparationum judicia, ut ferè inſuper habeant, liteſque aliunde ex inſtrumentis judicialibus perpenſâque perſonarum exiſtimatione dirimant. Mornac, ad l. Comparationes. Cod. de Fid. inſtrument.

[b] Comparatio litterarum plenè probat quando conſtat de ſimilitudine, & in illâ apochâ ſuper quâ eſt controverſia, adeſt ſupſcriptio trium teſtium qui graves & honeſti ſunt, & illi recognoſcunt ſuas ſubſcriptiones, affirmantes ſcripturam factam fuiſſe, ipſis præſentibus, ab illo in ſcripturâ commemorato. Quando autem apocha non habet trium teſtium ſubſcriptionem, ſed ex ſolâ litterarum comparatione apparet litterarum ſimilitudo, certum eſt, & omnes conſentiunt, quod plenè non probat. Quidam autem dicunt quòd ſemiplenè; ſed ego dico hoc eſſe in judicis arbitrio. Nam textus quo doctores moventur non affirmat comparationem hanc ſemiplenam probationem facere, ſed ſolùm ait quòd non eſt penitùs rejicienda. Menochius, l. 2, caſ. 114, de Arbit. judic.

[c] Litterarum examinatione penitùs non repulſâ, ſed ſolâ non ſufficiente augmento autem teſtium confirmandâ text. Nov. 73, cap. 2.

[d] Negare tamen non poſſumus quòd experientia docet, probationem hanc eſſe multùm periculoſam, cùm

nier une choſe dont nous ne ſommes que trop convaincus par l'expérience ; c'eſt qu'il y a toujours bien du péril en cette ſorte de preuve. Combien a-t-on vu de gens ſi adroits dans l'imitation de la main d'autrui, qu'il étoit impoſſible d'y reconnoître la moindre diverſité ?

15. Il y en a [*a*] qui vont encore plus loin, & qui ſoutiennent que la ſimple vérification par experts, ne fait pas même une legere préſomption, & (pour uſer de leurs termes) *que ce n'eſt que de la fumée.*

Mais enfin il eſt certain, pour conclure ce premier point, que la commune opinion de tous les docteurs, [*b*] eſt qu'il n'y a que doute & incertitude dans la comparaiſon d'écritures, & qu'en matiere civile, elle ne fait point de preuve, tant qu'elle n'eſt fondée que ſur le ſimple raiſonnement des experts, & ſur la reſſemblance ou la diverſité de deux caracteres.

De la comparaiſon d'écritures en matiere criminelle.

16. VENONS MAINTENANT A LA COMPARAISON d'écritures en matiere criminelle ; & pour pénétrer plus à fond dans la vérité, examinons ce qui s'en peut dire de part & d'autre.

Ceux qui veulent faire valoir la comparaiſon d'écritures en matiere criminelle, poſent premiérement pour un principe, que, par l'uſage, cette ſorte de vérification fait foi dans la matiere civile.

Ils ajoûtent que, cela étant, elle la doit faire pareillement dans les matieres criminelles, parce, diſent-ils, qu'en cas de preuves, il ne faut point faire de diſtinction entre le civil & le criminel ; qu'en effet la preuve n'eſt qu'un moyen de parvenir à la découverte de la vérité ; que ce moyen eſt certain ou incertain ; s'il eſt incertain, que ce n'eſt une preuve en l'un ni en l'autre ; mais s'il eſt certain qu'il

multi reperiantur qui alterius manum ità fingunt, ut illam ipſam ſcripturam eſſe dicamus. Menoch. ibid.

[*a*] Covarruvias, 3 loco & modern. Pariſ. in Conſuet. Pariſ. prout refert Pantſchman. d. qu. 2, n. 33, tenent quòd nec præſumptio quidem inde oriatur, id quod etiam ſenſiſſe videtur dom. Cavalc. dec. 27, n. 62, dum tradit quòd dicta comparatio facit dumtaxat fumum. Nic. Genova. Patru, de Script. privil. l. 2, p. 70, pag. 83.

[*b*] *Outre tous ceux que j'ai déja nommés, cette opinion eſt encore tenue par* Burſat. conſ. 123, n. 21 ; Pet. Sard. conſ. 187, n. 24, in 2. Hip. Rimin. conſ. 39, n. 6 ; Pet. Aug. Morlac. in ſuo Empor. l. 1, tit. de Fid. inſtr. quæſt. 3, n. 21, verſic. Sed tamen ſciendum ; Marc. deciſ. 935 ; Maſcard. concl. 330, n. 7 ; Joan. Koppin. deciſ. 46, n. 21 ; Pet. Gliken. in l. Inſtrumenta, n. 13. Cod. de Prob. Proſp. Farinac in Frag. civil. part. 1, n. 495.

fait preuve en tous les deux ; d'où il s'enſuit, dit-on, que l'uſage l'ayant réputé capable de faire preuve dans les matieres civiles, c'eſt une conſéquence pour les matieres criminelles.

Qu'auſſi ce même uſage l'y a-t-il admiſe, & que nous voyons qu'elle a été reçue par les arrêts, indifféremment en toutes ſortes de crimes.

Qu'en tout cas, il y en a de certains où elle eſt abſolument néceſſaire, comme dans les fauſſetés où le crime eſt difficile à découvrir, & où le déguiſement étant caché dans l'écriture, ne ſe peut auſſi réconnoître que dans l'écriture.

* Que c'eſt une raiſon pour laquelle l'empereur Conſtantin l'y a reçue, par une Conſtitution qu'il a faite exprès, & qui eſt rapportée au Code Théodoſien, & inſerée en celui de Juſtinien, aux titres de la loi *Cornelia*, touchant le crime & la punition des fauſſaires.

* *D. l. Ubi 2; Cod. Theod. & 22, Cod. Juſtin. ad. l. Cornel. de Falſ.*

Que quand elle ſeroit rejettée des autres crimes, il la faudroit admettre en celui ci, parce qu'en pareilles rencontres, l'on a toujours eu égard à la difficulté de trouver des témoins ; que cette difficulté a ſouvent contraint les juges de recourir à des preuves encore plus extraordinaires & plus imparfaites que celles-là, & que c'eſt par cette raiſon que dans les adulteres, l'Ecriture ſainte ** avoit établi l'épreuve des eaux ameres contre les femmes, pour ſuppléer à l'impoſſibilité de les convaincre d'un crime qui n'a quaſi jamais que les coupables pour témoins.

** *Num. cap. 5;*

Qu'après tout, l'on peut ſoutenir que cette preuve eſt un abrégé qui comprend toutes les autres ; qu'elle contient les titres, puiſque c'eſt un écrit qui en eſt toujours le fondement ; qu'elle contient les témoins, puiſqu'on peut donner ce nom aux experts, & qu'elle contient enfin les préſomptions, pour ce qu'il n'y en a point de plus forte que celle qui naît de la reſſemblance ou de la diſſemblance des écritures, la nature ayant voulu que les effets ſemblables n'euſſent pour l'ordinaire qu'une même cauſe.

Enfin l'on peut dire qu'en tout cas, ſi la comparaiſon d'écritures ne fait pas une preuve entiere & parfaite en matiere criminelle, au moins ne peut-on pas nier qu'elle n'y faſſe une demi-preuve, & qu'elle n'y ait le même effet que tous les docteurs lui ont attribué dans les matieres civiles.

17. Il me ſemble que voilà en abregé ce qui ſe peut dire de plus conſidérable en faveur de la comparaiſon d'écritures : voyons maintenant ce qu'on peut repondre à ces difficultés.

Premiérement, il eſt certain qu'il faut d'abord retrancher tous les préjugés que l'on prétend établir ſur l'uſage reçu dans les matieres civiles, & ſur celui que les arrêts ont autoriſé dans les matieres criminelles.

Car quant à l'uſage reçu dans les matieres civiles, nous avons montré qu'il eſt contraire aux termes précis de la loi : or, préſuppoſé que les juges ayent pu ſe départir de l'obſervance de la loi en matiere civile, il eſt certain qu'ils n'en peuvent pas faire de même en matiere criminelle, où l'on ſçait que tout ce qui eſt établi en faveur d'un accuſé, eſt de droit étroit ; où ce n'eſt pas aſſez [*a*] de ſçavoir pour condamner, mais où il faut ſçavoir dans les formes ; & où il n'eſt pas enfin en leur liberté de prendre pour une preuve ſuffiſante de la vérité ce que la loi leur a ordonné de ne conſidérer que comme une conjecture fort incertaine.

[*b*] De plus, en matiere de preuves, il n'y a jamais de conſéquence à tirer du civil au criminel. La vie des hommes, dont il s'agit dans les matieres criminelles, eſt tellement au deſſus des biens qui ſont le ſujet ordinaire des queſtions civiles, que ce ſeroit une imprudence ſans pareille, de n'apporter pas plus de circonſpection dans les unes que dans les autres.

Comme les habiles médecins agiſſent avec bien plus de retenue dans les maladies qui ont trait à la mort, qu'en celles où il n'y a pour tout péril qu'à eſſuyer la peine de

[*a*] Oportet, ut qui judicis officio fungitur, tanquam judex, hoc eſt per aliorum teſtimonium cognoſcat crimen, quod in publico judex punire debet. De hâc ſolâ cognitione quam per teſtium relationem habet judex, intelligitur quod ait Salomon : Qui quod novit loquitur judex juſtitiæ eſt, poſtquàm crimen fuerit judici juxtà juris ordinem relatum & plenè cognitum. Alphonſ. à Caſtro de Poteſt. leg. pœnal. l. 2, cap. 15, in 1 notab.

Non eſt ſatis ad pœnam infligendam, quod judex ſciat, ſed ut juris ordine ſciat. Ibid. concluſ. 1.

[*b*] Hæc omnia in pecuniariis quæſtionibus intelligentes. In criminalibus enim in quibus de magnis eſt periculum, omnibus modis, *&c.* Nov. 90, cap. Et quoniam.

Cunctator eſſe debet qui judicat de ſalute. Alia ſententia poteſt corrigi, de vitâ tranſactum non patitur immutari. Caſſiod. Ep. 1, l. 7, in Form. com. prov.

De vitâ & ſpiritu hominis qui pars mundi eſt, & animantium numerum complet, laturum ſententiam diù multùmque cunctari oportet, nec præcipiti ſtudio, ubi irrevocabile factum eſt, agitari. Ammian. Marcel. l. 29.

quelques ſaignées; que, dans les premieres, ils obſervent tous les ſignes & tous les ſymtômes pour tâcher de pénétrer dans la qualité du mal, là où dans les autres ils ſe contentent de tâter le pouls, & quelquefois même d'enviſager le malade: de même les ſages magiſtrats ſont bien plus réſervés à ſe déterminer dans les cauſes capitales, qu'en celles où il ne s'agit que de retrancher quelque choſe des biens d'un particulier: en celles-ci, ils peuvent juger ſur les apparences; mais dans les autres, ils doivent pénétrer au fond de la vérité; & pour cela ils en doivent obſerver juſqu'aux moindres circonſtances, en examiner, pour ainſi dire, tous les ſymptomes, & ne ſe déterminer que ſur des ſignes certains, & par des preuves indubitables.

Auſſi nous voyons par nos loix, que la [*a*] ſimple confeſſion, qui fait la parfaite conviction d'un homme, en matiere civile, n'eſt pas réputée une preuve ſuffiſante en matiere criminelle, & que le ſerment qui fait preuve entiere, lorſqu'en matiere civile il eſt déféré à une partie, ne fait pas ſeulement la plus legere préſomption contre un accuſé.

[*b*] De-là vient encore, qu'en matiere civile, l'on donne ſouvent des commiſſaires pour entendre les témoins, & faire l'enquête; là où en matiere criminelle, il faut, ſelon la loi, que le juge les entende & les examine lui-même; & de-là vient enfin qu'on décide les queſtions civiles ſur la ſeule dépoſition des témoins, mais qu'on n'y a nul égard dans les queſtions capitales, s'ils n'ont été récollés & confrontés.

Je ſçais bien que la recherche & la punition des crimes eſt infiniment favorable; mais la protection de l'innocence l'eſt encore plus mille fois. « Il eſt bien plus juſte, dit la » loi, de ſauver un criminel, que de perdre un innocent. *Satius eſt impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare.* L. 5, ff. *de Pœnit.* C'eſt pourquoi elle ne précipite pas ſon jugement, dans ces rencontres, ſur des inſ-

[*a*] Confeſſos in jure pro judicatis haberi oportet, quare ſinè cauſâ deſideras recedi à confeſſione tuâ, cùm ſolvere cogeris. 1. unic. Cod. de Confeſſis.

Confeſſiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportet. L. 1, f. de Quæſt. §. Divus.

Non ſtatim confeſſo reo contenti eſtis ad pronunciandum, &c. Tertul. in Apologet.

L. 2, ff. de Jurejur. & tot. tit.

[*b*] L. Judices Cod. de Teſtib. ſed hoc in civilibus tantummodò cauſis. Nam in criminalibus teſtes apud judices repræſentandi ſunt. Authent. Apud Cod. eod.

tructions legeres, comme celles qui lui ſuffiſent parfois, quand il n'eſt queſtion que d'un intérêt civil.

18. Il faut donc effacer ce premier argument qu'on tire de l'uſage qui ſe pratique en matiere civile ; & il faut retrancher de même l'avantage qu'on voudroit prendre du même uſage & de la diſpoſition des arrêts en matiere criminelle. Il eſt vrai qu'on a ſouvent reçu la comparaiſon d'écritures dans l'inſtruction des procès criminels ; mais bien que les juges l'ayent reçue dans l'inſtruction, néanmoins il eſt certain que le parlement n'a encore jamais jugé qu'elle fût ſuffiſante pour fonder une condamnation capitale. Elle a été admiſe par la raiſon qu'en ces rencontres on cherche des lumieres de toutes parts ; qu'on reçoit juſques aux moindres & aux plus legers indices ; qu'on entend les témoins les plus reprochables, & qu'on eſſaie enfin, en toutes manieres, de trouver quelque jour à la vérité. Mais il ne s'enſuit pas de-là, que lorſqu'on en vient au jugement des procès, toutes les preuves qu'on en a reçues, ſoient déciſives. Nous pouvons dire au contraire, qu'il y a mille exemples remarquables & notoires pour montrer que quand il ne s'eſt point trouvé de plus forte conviction que celle-là contre un accuſé, la cour n'y a pas fait grande conſidération.

19. CES PREMIERES OBJECTIONS étant retranchées, & la queſtion étant toute entiere & ſans préjugés, il la faut maintenant examiner par ſes vrais principes.

Pour cet effet j'en établirai trois, que je diſtinguerai en autant de différentes propoſitions.

LA PREMIERE eſt que, généralement parlant, nous n'avons point de loi qui reçoive la comparaiſon d'écritures pour faire preuve en matiere criminelle.

LA SECONDE, que, dans ces matieres, il n'y a que trois ſortes de preuves admiſes par la loi.

LA TROISIEME, que la comparaiſon d'écritures n'eſt d'aucune de ces trois eſpeces.

Après ces trois propoſitions établies, il ſera facile d'en tirer la concluſion, & de répondre à toutes les objections qui ſe peuvent faire au contraire.

I. PROPOSITION. Que générale-

QUANT A MA PREMIERE PROPOSITION, ſça-

voir qu'il n'y a nulle loi qui reçoive la comparaiſon d'écritures pour une preuve en matiere criminelle, l'établiſſement n'en eſt pas difficile.

ment parlant, nous n'avons point de loi qui reçoive la comparaiſon d'écritures, pour faire preuve en matiere criminelle.

20. Car, à commencer par la loi divine, qui doit être le fondement de toutes les loix, non-ſeulement nous ne voyons point que cette preuve ſoit reçue dans les jugemens capitaux; mais nous trouvons qu'au contraire elle en eſt expreſſement rejettée. « Perſonne, dit Dieu, ne pourra » être condamné à mort, ſinon ſur la dépoſition de trois, » ou du moins de deux témoins. » *Homicida ſub teſtibus punietur*, (Exod. c. 35, v. 30. Deuteron. 17, v. 6, *&c.* 19, v. 15;) & il répete ce précepte juſqu'à trois fois, comme un des plus importans Commandemens de toute l'ancienne loi.

Et ne nous imaginons pas que ce ſoit-là un de ces préceptes qui, ne conſiſtant qu'en formalités & en cérémonies, ont été corrigés ou négligés par la loi nouvelle. Celui qui venoit pour perfectionner la Loi, n'avoit garde d'en retrancher un précepte, ſans lequel elle ne pouvoit être qu'imparfaite. Il a fait, au contraire, de nouveaux efforts pour l'établir; & ſi nous rencontrons ce Commandement écrit trois fois dans l'ancien Teſtament, nous le voyons encore plus ſouvent répété dans le Nouveau [*a*].

21. Que ſi de la loi de Dieu nous voulons paſſer à celles des hommes, nous n'en trouverons point non plus qui ayent permis de recevoir une accuſation capitale, ſur le foible fondement d'une comparaiſon d'écritures. En voyons-nous rien dans les loix grecques? En liſons-nous rien dans les loix particulieres d'aucuns peuples? J'ai examiné, entr'autres, autant qu'il m'a été poſſible, tous les textes du droit Romain, qui parlent de la comparaiſon des écritures, mais je n'y en ai pas trouvé un ſeul, d'où l'on puiſſe induire qu'elle ſoit capable de faire une preuve légitime contre un accuſé.

Je ſçais bien qu'il y a une loi * de Conſtantin, qui ſemble l'admettre dans la matiere de faux; mais je ferai voir dans ſon lieu, que ce n'eſt point contre l'accuſé qu'elle la

* *D. l. Ubi ad l. Corn. de Falſ. Cod.*

[*a*] Accuſationem noli recipere niſi ſub tribus vel duobus teſtibus. Math. c. 18, v. 16; II. ad Cor. c. 13, v. 10; I. ad Timoth. c. 5, v. 19, & ad Hebræos, c. 10, v. 28.

reçoit ; que c'eſt plutôt en ſa faveur, & que tant s'en faut qu'on en puiſſe conclure que la comparaiſon d'écritures puiſſe faire la preuve d'un crime, au contraire, il paroît par-là très-clairement, qu'on a préciſément décidé qu'elle n'y étoit pas ſuffiſante.

22. Quant aux trois autres Conſtitutions de Juſtinien que j'ai rapportées, il eſt impoſſible de les appliquer à la procédure criminelle ; & cela eſt aiſé à juſtifier. Celle qui en traite le plus à fond, eſt la novelle 73. C'eſt elle, comme nous avons vu, qui explique, qui corrige, qui contient, en un mot, les deux autres loix ; & c'eſt-là ſeulement que que nous en pouvons parfaitement connoître l'eſprit : or il n'y a quaſi pas un mot dans cette Conſtitution, depuis le commencement juſqu'à la fin, où il ne ſe voie qu'elle a toujours reſtreint ſa diſpoſition aux ſeules matieres civiles. Si elle poſe quelque eſpece, c'eſt toujours celle ou d'un [*a*] échange, ou d'un [*b*] dépôt, ou d'un [*c*] prêt, ou de [*d*] quelque autre contrat : ſi elle nomme les parties, elle les appelle toujours [*e*] contractantes ; en un mot, elle a même établi ſa diſpoſition, en telle ſorte qu'il eſt impoſſible de l'entendre que des ſeules matieres civiles ; car, par exemple, comment appliqueroit-on aux matieres criminelles cet endroit, où après avoir marqué toutes les ſolemnités dont elle deſire que l'écriture qu'on veut vérifier ſoit revêtue, elle ajoûte que, ſi ces ſolemnités y manquent, la vérification de la piéce par les experts ne ſervira qu'à obliger le juge de ſe rapporter au ſerment de celui qui s'en veut aider. A-t-on jamais ouï dire que les ſermens déciſoires ayent lieu dans les queſtions capitales ?

De plus, quand la même Novelle preſcrit qu'entre les témoins dont elle deſire la dépoſition, l'on entende ſur-tout celui [*f*] qui a compté l'argent ; ne montre-t-elle pas

[*a*] Oblato namque commutationis documento. Præfat. de nov. 73.

[*b*] Etenim quiddam de depoſito. Ibid.

Si quis vult cautè deponere, *&c.* cap. 1, ibid.

[*c*] Sed & ſi quis aut mut. *&c.* cap. 2.

[*d*] Si tamen quiſquam aut deponens, aut mutuans, aut aliter contrahens, *&c.* cap. 4.

[*e*] Quòd ſi etiam adnumeratorem habuit inſtrumentum, *&c.* Aut etiam contrahentium una cogatur, *&c.* §. 2, ibid.

Et profiteantur ea ſub geſtis monumentorum contrahentes §. 5, ibid. *&c.*

[*f*] Cæterùm, ſi Tabellio mortuus ſit & abſoluti inſtrumenti teſtimonium habeatur ex alterius comparatione : ſi quidem ſuperſtitem habeat eum qui inſtru-

aſſez

aſſez nettement qu'elle n'a jamais eu la penſée de ſoumettre à la foibleſſe de cette preuve d'autres cauſes que celles où s'il s'agiſſoit d'un ſimple intérêt pécuniaire ? Auſſi ni Julien, ni Accurſe, ni pas un de ces célébres interpretes & commentateurs qui ſe ſont mêlés de les expliquer, n'en ont-ils poſé l'eſpece qu'entre les parties contractantes, & non entre un accuſateur & un accuſé.

23. Je dis plus ; car de cette loi même de Conſtantin, qui ſemble, par un privilége particulier, avoir reçu la comparaiſon d'écritures dans les matieres de faux, ne doit-on pas conclure que cette comparaiſon n'étoit point admiſe dans les autres matieres criminelles ? Je montrerai en ſon lieu à quel deſſein elle étoit reçue dans les fauſſetés, & quel en pouvoit être l'effet ; mais quoi qu'il en ſoit, s'il fallut une loi pour l'introduire dans la matiere de faux, c'eſt, ce me ſemble, une bonne marque, pour montrer que l'on n'avoit pas permiſſion de s'en ſervir dans les autres queſtions capitales.

C'eſt donc une propoſition certaine, & dont la réflexion doit paroître aſſez importante ſur ce ſujet, que ceux qui ont rédigé les loix Romaines par ordre, n'ayant expreſſément traité de la preuve par comparaiſon d'écritures, qu'en trois endroits, il n'y en a pas un ſeul de ces trois où ils l'aient appliqué aux matieres criminelles.

Et de vrai, nous voyons qu'anciennement c'étoit une choſe aſſez ordinaire, & parmi les Grecs & chez les Romains, de ſe ſervir de titres contre un accuſé pour l'inſtruction de ſon procès. Nous en avons pluſieurs paſſages dans Demoſthène, dans Cicéron, dans Aſconius ſon commentateur, & dans pluſieurs autres. Cependant nous n'en voyons pas un ſeul où il paroiſſe qu'un accuſé, venant à nier ſon écrit, l'on ſe ſoit jamais ſervi d'une vérification par experts, pour l'en convaincre.

24. Ariſtote, Cicéron & Quintilien ont aſſez curieuſement rapporté tous les genres de preuves dont on avoit accoutumé de ſe ſervir dans les accuſations ; mais ils n'ont jamais fait mention de celui-là : d'où nous pouvons induire qu'en effet on ne s'en ſervoit, ni parmi les Grecs, ni parmi

mentum conſcripſit illius mandato, & item numeratorem prodeunto & illi, d. novel. 73, ex interpretat. Haloand.

les Romains, pour faire preuve contre un accuſé dans les queſtions capitales. Si les écrits étoient reconnus, ils ſervoient de preuves ; s'ils étoient déſavoués, on les prouvoit, ou par des témoins qui les avoient vu écrire, ou par ceux qui les avoient trouvés dans la maiſon, & entre les papiers de l'accuſé, ou par d'autres indices ſemblables. Peut-être même que quand la reſſemblance étoit extraordinaire, ſans qu'il y eût la moindre différence, lorſqu'elle ſautoit, pour ainſi dire, aux yeux des juges, cela faiſoit, non pas une preuve, mais quelque legere conjecture au procès. Mais qu'en une queſtion capitale l'on fondât une preuve ſur un raiſonnement d'experts, c'eſt de quoi nous ne trouvons aucuns veſtiges dans toute l'antiquité.

25. Avons nous quelque ordonnance qui admette cette preuve dans ces occaſions, où nulles loix civiles ne l'ont reçue, & dont la loi divine l'a rejettée. Certainement nous n'en voyons pas une ſeule. Au contraire, je trouve dans les termes de nos ordonnances ſur le fait de la preuve des écrits, qu'elle diſtingue pour cela extrêmement la matiere criminelle d'avec la matiere civile. Quand elle parle de la preuve des écritures privées dans les matieres civiles, comment dit-elle qu'elle ſe fera ? par vérification. C'eſt un terme général qui comprend la preuve par titres, par témoins, la vérification par experts. Quand elle parle de la même preuve des écrits dans la matiere criminelle, elle ne dit pas qu'elle ſe fera par vérification, mais par information ; terme qui ne comprend que la preuve par témoins.

* *Art.* 145. Par exemple, dans l'ordonnance d'Orléans * il eſt dit : *Entre marchands, & non autres, toutes promeſſes & cédules reconnues, ou dûement vérifiées, emporteront garniſon*, &c ; remarquez ce terme, *vérifiées*, parce qu'elle parle de la matiere civile.

** Charles IX à Paris, en Janvier 1563. En voici encore un ſecond ; ** *Ceux qui nieront le ſeing appoſé en leurs cédules, ou promeſſes par écrit ſeront condamnés au double après la vérification faite. Au contraire*, &c. l'ordonnance ſe ſert encore du terme de *vérification*, parce qu'il s'agit du civil.

Mais quand elle vient à la matiere criminelle, ſe ſert-elle du terme de *vérification ?* Nullement ; voici le texte des ordonnances ***. *Aucun ne ſera reçu à maintenir fauſſes*

*** François I à

les piéces contre lui produites, ſans s'inſcrire en faux contre icelles, &c; *& dedans trois jours baillent ſes moyens de faux; leſquels étant déclarés admiſſibles, lui ſera permis informer d'iceux, pour l'information faite & rapportée, décerner ajournement perſonnel, ou priſe de corps, ſoit contre la partie, notaires, ou autres.*

Ys-ſur-Tille, en Octobre 1535, chap. 5, art. 23; & chap. 9, art. 10; & Henri III, en 1585.

L'ordonnance fait donc une grande différence entre les deux. Dans le civil, elle permet la ſimple *vérification;* mais en cas de crime, elle ordonne que la preuve ſoit faite par *information;* terme qui, comme j'ai dit, ne comprend point la *vérification* par experts; car, encore que, depuis quelques années l'on ait voulu, par une nouveauté juſques alors ſans exemple, introduire l'uſage de faire entendre les experts dans les informations, tout ainſi que des témoins: néanmoins il eſt conſtant, comme nous le verrons encore mieux par la ſuite, que des experts ne ſont point des témoins, & que le terme d'*information* ne comprend point l'audition des experts: cela eſt ſi véritable, que bien qu'un arrêt porte une permiſſion d'informer, chacun ſçait que l'on ne peut pas procéder pour cela à une comparaiſon d'écritures, ſi l'arrêt ne l'ajoûte nommément, ou s'il n'y en a un autre par lequel cela ſoit expreſſément ordonné.

Ma premiere propoſition eſt donc vraie, que nous n'avons point de loi qui reçoive la comparaiſon d'écritures pour faire preuve en matiere criminelle; paſſons maintenant à la ſeconde.

II. PROPOSITION.

J'AI DIT EN SECOND LIEU, qu'en matiere criminelle il n'y a que trois ſortes de preuves qui ſoient reçues.

Qu'il n'y a que trois ſortes de preuves reçues en matiere criminelle.

26. Cette propoſition eſt encore plus facile à établir que la premiere; car, comme elle eſt fondée dans les termes précis de la loi, il ne faut autre choſe qu'en rapporter le texte propre [*a*]: *Que tous ceux*, dit l'empereur, *qui veulent intenter une accuſation capitale, ſçachent qu'ils n'y ſeront point reçus, s'ils ne la prouvent, ou par des titres ſans contredit, ou par des témoins ſans reproche, ou par des indices indubitables, & plus clairs que le jour.*

[*a*] Sciant cuncti accuſatores eam ſe rem deferre in publicam notionem debere, quæ inſtructa ſit apertiſſimis documentis, vel munita idoneis teſtibus, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expedita. L. fin. Cod. de Probat.

On ne peut rien deſirer de plus poſitif que ſont ces termes ; mais comme enſuite de cette propoſition, j'aurai à faire voir que la comparaiſon d'écritures n'eſt de pas une de ces trois eſpeces de preuves ; il eſt bon pour nous y préparer, (encore que chacun ſçache aſſez ce que c'eſt qu'un titre, des témoins & des indices,) de faire ici, avant que de paſſer outre, une legere réflexion ſur chacune des trois, parce que, quelque différentes qu'elles ſoient, on ne laiſſe pas ſouvent de les confondre.

Je dis donc qu'en matiere criminelle il y a trois ſortes de preuves, à ſçavoir la preuve par titres ſans contredit, la preuve par témoins ſans reproches, & la preuve par indices indubitables, & plus clairs que le jour. Les docteurs les diſtinguent par ces mots, *preuve littérale*, *preuve teſtimoniale*, & *preuve conjecturale*.

27. La preuve littérale [*a*] eſt celle où le fait dont il s'agit, eſt prouvé immédiatement par la foi & par la propre autorité de quelque piéce authentique. Ainſi, pour faire une preuve littérale, il faut, entr'autres, deux conditions ; l'*une*, que la piéce qui ſert de titre contienne, & prouve immédiatement le fait dont il s'agit, c'eſt à-dire s'il s'agit d'injures, qu'elle contienne préciſément les injures ; ſi de conſpiration, qu'elle contienne préciſément la conſpiration ; car ſi ce titre ne contient rien du crime dont il eſt queſtion, & qu'on s'en ſerve ſeulement pour en tirer des conſéquences & des inductions par conjectures ; alors cette preuve ne s'appelle plus *preuve littérale du crime*, ce n'eſt plus qu'une preuve littérale d'une conjecture ; &, par conſéquent, elle ne forme plus elle-même qu'une conjecture & un indice.

La ſeconde condition néceſſaire eſt que la piéce qu'on produit, faſſe foi par ſon autorité propre ; car ſi elle ne fait pas foi par ſa propre autorité, ce n'eſt point encore une preuve littérale, d'autant que ce n'eſt plus la piéce qui prouve : la preuve vient alors, ou des témoins, ou des indices qui lui font donner créance ; & ainſi elle tombe encore dans l'eſpece de la preuve teſtimoniale ou conjecturale.

[*a*] Inſtrumentum nihil aliud probat, quàm illud quod continetur in eo. Bald. ad L. Ad probationem, 23, Cod. de Probat.

28. Dans la preuve teſtimoinale, il y a de même deux conditions, ent'rautres, qui ſont eſſentielles.

La premiere, que les témoins qui ſont ouïs dépoſent du fait dont il eſt queſtion; car s'ils ne dépoſent pas du fait dont il s'agit, mais ſimplement d'autres faits qui ne ſervent que par induction à ſon éclairciſſement; s'ils ne dépoſent que de quelque circonſtance qui l'a précédé, ou de quelqu'autre qui l'a ſuivi, encore qu'on en puiſſe tirer des argumens pour la conviction de l'accuſé, néanmoins ce témoignage n'eſt plus de la nature de la preuve par témoins; il tombe dans l'eſpece de la preuve par indices, parce qu'alors la dépoſition des témoins n'aboutit qu'à des indices.

29. *La ſeconde* choſe eſſentielle pour former une preuve par témoins, eſt que le témoin, qui dépoſe du fait, en dépoſe comme d'une choſe qu'il [*a*] ſçait de certitude pour l'avoir vue lui-même, ou du moins pour l'avoir entendue, ſi c'eſt une de ces ſortes de choſes qui conſiſtent en paroles, comme les injures & les blaſphêmes; car ſi le témoin ne dépoſe ſinon [*b*] d'avoir ouï dire la choſe à un autre; ſi la connoiſſance qu'il a, eſt [*c*] vacillante & incertaine; ſi ce n'eſt qu'une créance [*d*] & une opinion fondée ſur quelque raiſonnement, & qu'il ne ſçache pas certainement ce qu'il dit pour l'avoir vu ou entendu, ſa dépoſition n'eſt plus capable de former une preuve par témoins [*e*], parce que le ouï-dire ne fait qu'une ſimple

[*a*] Deponat ſub præſentiâ ſuâ debitum eſſe ſolutum. l. Teſtium 14, Cod. de Teſtib. Licentia ſit quærere per examinationem teſtium dicentium ſe, & affuiſſe iis quæ geſta ſunt, & vidiſſe quæ tunc agebantur. Auth. de ſanctiſ. Epiſcop. cap. 2, §. Si verò abſunt.

[*b*] Sic ergo ſuâ ſcientiâ debet reddere teſtimonium & de ſuâ præſentiâ. De auditu autem alieno non valet. Gloſ. ad d. l. Teſtium in verb. *Præſto.*

[*c*] Et ideò teſtes qui adverſùs fidem ſuæ teſtationis vacillant audiendi non ſunt. L. 2, ff de Teſtib.

[*d*] Teſtis debet dicere de veritate, non autem quod credat tantùm. Gloſ. & propoſitis. §. Nulli autem. In Authent. de ſanctiſſ. Epiſcop.

[*e*] *Il y en a un texte merveilleux de Dumoulin au nombre 63, ſur le §. 5 de la Cout. de Paris. Gloſ. dénombr. où il dit que, quand quatre notaires auroient collationné une copie ſur un original, & qu'ils y ajoûteroient qu'ils ſçavent que c'eſt le vrai original, pour l'avoir bien vu & examiné, toutefois leur copie ne ſeroit pas pleine foi, ſans la préſentation de l'original; car, dit-il, des témoins, ou notaires, ne peuvent dépoſer que de ce qu'ils voient, parce, dit-il, qu'ils n'ont pas vu faire l'original. Cela étant, ils n'en peuvent avoir une certitude qui vienne de leur propre ſens; & cela eſt impoſſible,* cùm actus tranſierit. Vid. pag. 331. *Il eſt vrai qu'un peu après il dit que,* facerct ſemiplenam probationem, cum magno periculo. 68 *De plus qu'il en ſeroit autrement, ſi c'étoient des copies qu'ils euſſ-*

conjecture ; l'incertitude ne forme que des doutes ; la créance n'eſt qu'une ſimple opinion ; & tout cela, en un mot, n'eſt point un témoignage.

Ces maximes ſont tirées de la plus pure & de la plus conſtante diſpoſition des textes du droit civil ; elles ſont encore, en peu de mots, expliquées dans un paſſage de la Collection des loix Attiques, qu'un ſçavant homme a données au public dans ces derniers tems : « Que les té-» moins, (porte cette loi,) ne dépoſent que des choſes » où ils ont été préſens, & qui ſe ſont paſſées à leurs » yeux. » Α ἂν εἰδῇ τις, καὶ ὅις ἂν παραγίνεσθαι παρομένοις ταῦτα μαρτυρεῖν ἐν γραμματείῳ γεγράμμενα, *id eſt : Eorum quibus interfuerunt dum fierent & fieri viderunt teſtimonium dicanto.* Sam. Petit. *Leg. Attic. tit.* 7.

La régle que les docteurs y ont établie, eſt que le témoin doit connoître les choſes dont il dépoſe immédiatement, &, pour uſer de leurs termes [a], *par le ſens corporel.* Mais pour nous expliquer encore plus clairement, diſons en un mot que le témoin doit être, à l'égard des choſes dont il eſt témoin, ce que la glace d'un miroir eſt à l'égard des objets qu'elle repréſente. Comme elle, il doit repréſenter les choſes dans leur état véritable, ſans les augmenter, diminuer, ni altérer en quelque maniere que ce puiſſe être ; & cela ne ſe peut, s'il dépoſe des choſes qu'il n'a pas vues ; car comme une glace ne peut recevoir que les eſpeces des objets qui lui ſont préſens, il ne peut auſſi recevoir une connoiſſance parfaite que des choſes qui ſe paſſent à ſes yeux ; & comme cette même glace ſeroit fauſſe, ſi elle repréſentoit à ceux qui la conſiderent des objets qui ne ſont pas devant elle, le témoin ſeroit un faux témoin, s'il prétendoit faire voir des choſes qu'il n'eût pas lui-même vues, & où il n'eût pas lui-même été préſent.

ſent examinées, après avoir prêté ſerment devant le juge. 67.*

[a] Teſtis debet reddere rationem dicti ſui per ſenſum corporalem, putà viſum vel auditum. Gloſ. ad L. Teſtium. Cod. de Teſtibus, in Add. ad marg.

Dumoulin dit que Tabellarius non poteſt conficere inſtrumentum niſi de eo tantùm quod in ſuâ præſentiâ geritur à partibus & ab eorum conſenſu pendet, cujus notitiam & ſcientiam habet propriis ſenſibus viſûs & auditûs ; *& il en allegue les textes.* Adde tamen quòd etiam de his quæ aliis ſenſibus corporeis ut tactûs, odoratûs & guſtûs percipiuntur confici poteſt. Ibid. n. 64, §. 8, tit. 1. Gloſ. denombr. p. 332.

* *Nous avons détaillé ci-deſſus les principes qu'il poſe ace ſujet. V. la p.* 431.

Auſſi voyons-nous au commencement des Epîtres de S. Jean, que, pour ſe donner créance dans le témoignage qu'il va rendre de la vérité, il dit [a] : *Il faut que vous me croyiez, parce que je parle de ce que j'ai ouï de mes oreilles propres, de ce que j'ai vu de mes propres yeux, & de ce que j'ai touché de mes propres mains.*

Et quand Jeſus-Chriſt, lui qui étoit la vérité même, parle de ſon propre témoignage, il ſemble qu'il ne veut qu'on le croie que parce qu'il a vu & qu'il a ouï toutes les choſes dont il rend témoignage [b] : *Croyez moi,* dit-il à un Phariſien, *parce que je parle de ce que je ſçais, & que je ne rends témoignage que de ce que j'ai vu... Je te dis,* ajoûte-t-il un peu après, *que je ne ſuis témoin que de ce que j'ai vu, & de ce que j'ai entendu.*

En effet, il eſt conſtant que la certitude de la ſcience qui eſt néceſſaire pour former un témoignage, ne peut être produite que par la vue & par l'ouïe, n'y ayant que ces deux ſens capables de recueillir immédiatement les images & les eſpeces des actions & des paroles, telles quelles ſont néceſſaires pour produire une connoiſſance parfaite dans nos eſprits.

30. Quant à la preuve par indices, ou preuve conjecturale, c'eſt généralement toute autre ſorte de preuve qui n'eſt ni littérale ni teſtimoniale ; ce n'eſt pas qu'elle ne dépende le plus ſouvent, comme les autres, des titres & des témoins ; mais c'eſt de titres & de témoins, ou dont la foi n'eſt fondée que ſur celle d'autrui, ou qui ne nous découvrent pas immédiatement le fait dont il s'agit, & qui ne nous en apprennent que des circonſtances, dont nous nous ſervons pour parvenir, par raiſonnement, à la découverte de la vérité.

31. Mais il faut remarquer que toutes ſortes d'indices

[a] Quod audivimus, quod vidimus oculis noſtris, quod perſpeximus, quod manus noſtræ contrectaverunt teſtamur. Ep. 2, l. Item, c. 4, v. 4.

[b] Amen, amen dico tibi, quià quod ſcimus loquimur, & quod vidimus teſtamur. Joan. 3, v 11.

Et quod vidit & audivit hoc teſtatur. Ibid. v. 32.

Quià viſu & auditu res percipiuntur : nec cenſeretur teſtis fuiſſe præſens, niſi audiſſet & vidiſſet. Ut L. Diem proferre, §. Coram, Cod. de Arbit. Sed ſi teſtificetur de aliis quæ non percipiuntur viſu vel auditu, ſed guſtu vel odoratu aut tactu, debet deponere ſenſum illi appropriatum. Aliàs non eſſet ſufficiens probatio, ut not. per Bartol. in L. 1, Cod. de verb. Obligat. Gloſſ. ad L. Teſtium 13, Cod. de Teſtib. in verb. *Præſentia ſua* ; & ibi, Addit. ad marg.

ne ſont pas reçus pour faire preuve en matiere criminelle ; il n'y a que les indices manifeſtes, indubitables, & plus clairs que le jour. « Il y a deux ſortes d'indices, (dit Ariſ-» tote,) les uns qui forment une ſcience, & les autres qui ne » fondent qu'une opinion : » *In Rhet. ad Alex. cap.* 13. Ποῖα δὲ τῶν σημείων τὸ μὲν βούλεται, τὸ δὲ εἰδέναι. *Signa verò efficiunt, alia quidem opinionem, alia verò ſcientiam :* or la loi deſire des premiers ; car elle veut des indices indubitables & plus clairs que le jour, c'eſt-à-dire, de ces indices qui forment la ſcience, & qui concluent par une conſéquence ſi néceſſaire, qu'il eſt impoſſible que la choſe ſoit autrement qu'ils la font voir ; & de ce nombre, (pour ne m'arrêter qu'à ce qui regarde ma matiere,) ſont, entr'autres, tous les effets qui ne peuvent être produits que par une ſeule cauſe ; car, du moment qu'un effet ne peut être imputé qu'à une ſeule cauſe, vous devinez la cauſe par l'effet, par une conſéquence indubitable, & qui forme une ſcience, la ſcience étant une connoiſſance des cauſes par leurs effets, tout ainſi que des effets par leurs cauſes. Mais pour ce qui eſt de tous les effets qui peuvent être imputés à deux cauſes diverſes, ce ne ſont jamais des indices indubitables : ils ne forment jamais de ſcience, mais de ſimples doutes ; c'eſt pourquoi on les appelle *équivoques* [a], d'autant que, pouvant également ſignifier deux choſes diverſes, ils tiennent toujours l'eſprit partagé entre les deux ; & Balde les appelle *des moyens impertinens* [b], *qui ne prouvent rien*, parce qu'encore que le moyen, c'eſt-à-dire l'effet, ſoit certain, il ne conclut rien de certain pour en faire connoître la cauſe.

Voici l'eſpece de la loi à propos de laquelle il en parle ainſi ; & elle n'eſt pas inutile à notre ſujet [c]. Un homme ſoutenoit qu'un autre étoit eſclave ; & pour le prouver, il montroit que le frere & la mere même de cet homme avoient vécu dans l'eſclavage : *Cette preuve eſt ridicule*, dit

[a] Id enim quo multa ſignificantur eſt ſignum ambiguum, & per conſequens fallendi occaſio. Sanct. Thom. in Sum. 3, p. qu. 60, art. 3, arg. 1.

[b] Per media impertinentia non fit probatio. Baid. in Rubric. L. 22. Cod. de Probat.

[c] Ad probationem ſervitutis Glyconis, matrem ejus ac fratrem ſervilia feciſſe miniſteria non infiſtit, &c. cum de ſervis ex eadem matre natis libertatem unus adipiſci non prohibeatur. Dict. L. 22, Cod. de Probat. *Et c'eſt-là que Balde tire cette maxime :* Per media impertinentia non fit probatio.

la

la loi ; *car la liberté n'eſt pas toujours l'effet d'une ſeule cauſe : ſi ce prétendu eſclave n'a pas obtenu la liberté de ſa naiſſance, ne la peut-il pas avoir reçue du hazard & de la bonne fortune?*

32. Tous les effets, qui peuvent être attribués à deux différentes cauſes, ne ſont donc point, encore un coup, du nombre des indices indubitables. Pourquoi ? parce que du moment qu'ils peuvent être imputés à deux diverſes cauſes, il eſt impoſſible de s'aſſurer de laquelle des deux ils ſont les indices. Il en eſt de même que d'un fruit que l'on n'a point vu cueillir. S'il n'y a qu'un ſeul arbre qui en produiſe de ſemblable, il eſt aiſé, en le voyant, de deviner auquel il a été pris ; mais s'il y a deux arbres tous pareils, l'on ne le peut plus conjecturer ſans incertitude ; & cela eſt encore plus difficile à reconnoître, s'il s'en trouve trois de même eſpece. Ainſi, quand on voit un effet qui ne peut être produit que par une ſeule cauſe, il eſt aiſé de deviner la cauſe par ſon effet. Mais s'il peut être imputé à deux cauſes, l'on ne peut plus l'attribuer à l'une des deux, qu'avec doute ; & le doute eſt encore plus grand, ſi l'eſprit ſe trouve partagé entre un plus grand nombre de cauſes : tellement que, ſans s'arrêter à toutes les diſtinctions des écoles qui embarraſſent tant l'eſprit dans la connoiſſance des diverſes eſpeces de ſignes ou d'indices, l'on peut dire, en un mot, de toutes ſortes de conjectures, qu'elles s'éloignent de l'eſpece des indices indubitables, par autant de degrés qu'il y a de cauſes diverſes dont elles peuvent être les effets.

Voilà quelles ſont les trois ſortes de preuves légitimes & reçues en matiere criminelle, hors deſquelles la loi n'en admet aucune : voyons maintenant ſi la comparaiſon d'écritures ſe peut dire de l'une de ces trois eſpeces ; c'eſt le ſujet de ma troiſieme propoſition.

III. PROPOSITION.

Que la comparaiſon d'écritures n'eſt point du nombre des trois eſpeces de preuves reçues par la loi, en matiere criminelle.

JE DIS DONC EN TROISIEME LIEU, que la comparaiſon d'écritures n'eſt d'aucune de ces trois ſortes de preuves. Mais cette troiſieme propoſition deſire un peu plus d'explication que les deux autres, parce qu'encore qu'elle ne ſoit pas moins certaine, elle eſt toutefois moins connue, plus importante, & que de ſon parfait établiſſement dépend quaſi la déciſion de toute la matiere.

33. *Premiérement*, peut-on dire que la comparaiſon d'écritures forme une preuve littérale? Je demeure d'accord qu'elle eſt toujours fondée ſur un écrit; mais eſt-ce aſſez d'un écrit pour faire une preuve par titre? N'avons-nous pas vu, entr'autres, qu'il faut pour cela que la piéce dont on ſe veut ſervir, prouve immédiatement la vérité, & qu'elle faſſe foi par ſon autorité propre: or en toute comparaiſon d'écritures, le titre qu'il s'agit de vérifier, ne contient pas le plus ſouvent un ſeul mot du fait dont il s'agit; l'on n'en tire des lumieres que par conjectures, (comme, par exemple, lorſque de la différence, ou de la reſſemblance des lettres, l'on en veut induire une fauſſeté;) & quoi qu'il en ſoit, la piéce qu'on doit vérifier ne fait jamais foi par elle même, puiſqu'au contraire il faut toujours qu'elle ſoit elle-même prouvée, & que toute ſon autorité ne ſe ſoutient que ſur le raiſonnement & les conjectures des experts: donc la comparaiſon d'écritures n'eſt point une preuve littérale.

34. *Peut-on dire* plus raiſonnablement que ce ſoit une preuve par témoins? Il ſemble, à la vérité, qu'on ſe le ſoit imaginé, à voir la maniere que l'on a, depuis quelque tems, introduite de faire dépoſer les experts dans les informations, & de les entendre confuſément avec les témoins, &, ce qui eſt encore plus étrange, de les réconfronter aux accuſés.

Mais il n'y a pourtant encore rien de plus éloigné de la nature des témoins; & je crois que quiconque y fera un peu de réflexion, trouvera cette procédure aſſez étrange; car nous avons vu que la premiere condition eſſentielle pour former une preuve par témoins, eſt que le témoin dépoſe du fait, c'eſt-à-dire qu'en matiere criminelle, par exemple, il dépoſe du crime dont il s'agit: or, dans la comparaiſon d'écritures, des experts, en qualité d'experts, ne peuvent jamais dépoſer que de la reſſemblance, ou de la diverſité des écritures qui leur ſont repréſentées. Cette reſſemblance, ou diverſité n'eſt pas le crime; ce n'en peut être tout au plus qu'un indice; &, par conſéquent, la dépoſition des experts ne peut jamais former qu'un indice.

Je n'ignore pas qu'il ſe trouve quelquefois des experts aſſez hardis pour entreprendre ſur l'office des témoins, &

pour dépoſer qu'ils croient que les écritures ſont fauſſes, & qu'elles ſont de la main d'un tel ou d'un tel, comme s'ils la leur avoient vu écrire. Mais, du moment qu'un expert veut paſſer juſques-là, ce n'eſt plus un expert, c'eſt un témoin affecté, c'eſt un faux témoin ; car un homme, comme nous avons encore dit, ne peut légitimement dépoſer en juſtice que de ce qu'il a vu, non pas par raiſonnement, mais par ſes ſens : or un expert, en qualité d'expert, ne voit rien au-delà de la ſimple reſſemblance, ou diverſité de lettres ; il ne peut donc parler d'autre choſe ; & tout ce qu'il dit au-delà, marque de la fauſſeté, ou tout au moins de l'affectation. Cette reſſemblance peut bien faire imaginer & deviner à des experts ce que bon leur ſemble ; mais il y a bien de la différence entre deviner & ſçavoir : on ne les entend pas comme devins, mais comme experts. La juſtice ne décide pas de la vie des hommes ſur des imaginations : elle veut la certitude de la ſcience ; elle demande une infaillibilité ; elle veut * *des lumieres plus claires que le ſoleil en plein midi.*

* *Luce meridianâ clariores.* Gloſſ. *ad l. 2. L. Siant. Cod.*

Je paſſe plus avant ; & je dis que non-ſeulement un expert ne peut pas dépoſer du crime d'un accuſé, mais qu'il ne peut pas même dépoſer en qualité de témoin, de la reſſemblance ou diverſité des caracteres qui lui ſont repréſentés, quoique ces caracteres tombent ſous les ſens, & qu'il les voie de ſes propres yeux. La raiſon en eſt que, comme nous avons dit, il faut qu'un témoin dépoſe du fait, & qu'il ſçache ce fait, non pas par opinion, ni par jugement, mais par la pure connoiſſance de ſes ſens, par *ſon ſens corporel*, comme diſent les juriſconſultes ; auſſi faut-il par la même raiſon que la choſe dont il dépoſe, ſoit un fait qui ſe conçoive parfaitement par la pure connoiſſance des ſens, & non pas par jugement & par opinion. Expliquons-nous mieux.

Il y a deux ſortes de faits qui peuvent tomber en queſtion ; les uns que nous concevons entiérement par les ſens, comme ſont toutes les actions qui ne conſiſtent qu'en fait ; les autres, dont la notion ſe forme principalement par l'entendement, telles que ſont toutes les choſes qui dépendent du raiſonnement. La nature ſeule nous mene à la connoiſſance des premiers : il n'y a que l'art & la ſcience qui nous donnent la parfaite connoiſſance des autres.

De ces deux ſortes de faits, les premiers ſe peuvent prouver par témoins, mais jamais les ſeconds, parce que du moment que la connoiſſance d'un fait ne dépend que de la ſcience ou de l'art, tout ce qu'on en peut dire n'eſt plus qu'un raiſonnement, ou, pour mieux dire, une opinion, & l'opinion n'eſt jamais un témoignage.

* *L. 2, ff. de Inſpiciendo ventre.*

Cette différence a été ſi bien reconnue par * la loi, que, dans toutes les choſes dont la connoiſſance ne dépend que de la ſcience ou de l'art, elle n'a jamais admis les témoins; elle a ſeulement permis, en ce cas, d'avoir recours aux experts. Nous en avons entr'autres un texte bien préciſ dans l'ordonnance de Blois [a], qui, corrigeant l'abus qui s'étoit gliſſé dans la maniere d'informer de la valeur des choſes dont il s'agiſſoit de ſçavoir le prix, défend d'avoir dorénavant recours aux témoins, & ordonne que l'on conviendra ſimplement d'experts: pourquoi? Parce que la connoiſſance du prix & de la valeur des choſes dépend de l'expérience & de l'art, & non pas ſeulement de la nature.

Or il eſt certain que la connoiſſance parfaite de la reſſemblance, ou diverſité des caracteres, ne dépend point de la nature ſeule, mais de la ſeule expérience, & de l'art. Il ne faut autre choſe, pour le prouver, que les arrêts & les ſentences propres, par leſquelles on ordonne tous les jours, qu'il ſera procédé à la comparaiſon des écritures; car jamais on ne manque d'ajoûter que ce ſera des maîtres écrivains, ou experts. Pourquoi des experts, ſi c'étoit une choſe qui ſe pût connoître naturellement & ſans art? Il y a plus; car, de quelle maniere ces experts dépoſent-ils d'une reſſemblance? ce n'eſt jamais que par des raiſonnemens & des inductions pleines de ſubtilité, en ſéparant les mots de chaque ligne, en diviſant les lettres de chaque mot, en coupant quelquefois les lettres, même par parties, & en les diſtinguant de leurs liaiſons, pour les comparer les unes aux autres. Enfin je ne veux que la dépoſition propre d'un écrivain, pour

[a] *Art.* 162. *Dorénavant, en toutes matieres où il ſera queſtion d'informer & faire preuve par témoins de la valeur de quelque choſe, ſeront tenues les parties, d'une part & d'autre, de convenir de gens experts & à ce connoiſſans; & faute d'en convenir, en ſeront nommés d'office par les juges, pour eſtimer & évaluer leſdites choſes, & en rendre raiſon, ſans autrement les appointer à informer & faire enquête, ſauf, quant aux autres faits qui ſeront déduits au procès, de les recevoir à faire preuve par témoins.*

montrer qu'il n'y a rien qui dépende tant du raiſonnement & de l'art, ni, par conſéquent, rien qui ſoit ſi éloigné de la qualité des choſes qui peuvent tomber dans la preuve par témoins. Ces experts ſont donc des arbitres, & non pas des témoins ? Et, comme dit excellemment un interprete du droit, * *leur dépoſition eſt plutôt un jugement qu'un témoignage.*

* *Magis judicium, quàm teſtimonium.* Salycet.

35. *Reſte donc* que la comparaiſon d'écritures forme une preuve de la nature des indices, & il eſt vrai que c'en eſt un ; car ſon effet eſt de montrer la diverſité ou la reſſemblance des écritures, & l'un & l'autre ſont des conjectures. Mais l'indice qui en réſulte eſt-il un de ces indices indubitables qui ſont deſirés par la loi dans les matieres criminelles, ou ſi c'eſt ſeulement de ces indices incertains & trompeurs qui en ſont abſolument rejettés ?

Perſonne ne doute que ſi une conjecture de cette qualité peut être de quelque poids, c'eſt dans les matieres de faux : voyons donc ſi, en matiere de faux, la comparaiſon d'écritures peut former un indice indubitable ; car ſi elle n'en fait pas un dans cette rencontre, il n'y en a point où cela puiſſe être.

L'indice indubitable eſt, comme nous avons vu, celui qui produit une conſéquence néceſſaire pour juſtifier la la choſe dont il eſt l'indice. Suppoſons donc deux écritures jugées par les experts, les plus ſemblables, ou les plus différentes qu'on ſe puiſſe imaginer, s'enſuit-il, par une conſéquence néceſſaire, que ces deux écritures ſoient d'une même main, ſi elles ſont ſemblables, ou qu'elles ſoient d'une main diverſe, ſi elles ſont différentes ? En un mot, en réſulte-t-il une néceſſité indubitable de la fauſſeté, ou de la vérité, de ces deux écritures ? Si l'une de ces inductions eſt néceſſaire, je veux dire, ſi c'eſt une conſéquence infaillible que deux écritures ſemblables ſoient de même main, & que deux écritures différentes ſoient de mains diverſes, il faut qu'il n'arrive jamais que deux écritures de même main ſoient différentes, ni que deux écritures de différentes mains ſoient ſemblables [*] ; car ſi l'un ou l'autre des deux arrive quelquefois, il n'y a plus, (je ne dirai pas de néceſſité, mais je dirai même) de ſûreté dans cette conſéquence ; & il y en a encore bien moins, ſi cela arrive

* Τὰ δὲ ἐνδεχ[ό]μενα ἄλλως ἔχειν ὅταν εἰς τὸ θεωρεῖν γένηται, λανθάνει εἰ ἔστιν ἢ οὐκ ἔστιν. *Quæ enim ſe[c]*

aliter habere possunt, cùm longè à conspectu remota sint, sint nec-ne, obscurum est. Arist. 6, *Eth. cap.* 3.

souvent; car enfin, pour faire que ces conséquences; *Voilà deux écritures semblables, donc elles sont de même main; voilà deux écritures différentes, donc elles sont de deux mains diverses;* afin, dis-je, que ces conséquences soient véritables, il faut établir pour principe, que toute écriture semblable est de même main, & que toutes écritures dissemblables sont de mains différentes: or qui est-ce qui oseroit mettre en avant un tel principe? Qui est-ce qui peut nier qu'il n'arrive, tous les jours, que des écritures de deux mains différentes sont pareilles, & que des écritures d'une même main sont différentes. Le seul principe qu'on y peut donc établir, est de dire que souvent deux écrits d'une même main sont semblables, & que quelquefois aussi ils sont différens. Mais qui peut tirer une conséquence réguliere d'un tel principe? Qui a jamais vu argumenter ainsi? *Souvent des fruits d'un même arbre se ressemblent; donc tous fruits, qui se ressemblent, sont d'un même arbre.*

36. Passons plus loin. Nous avons vu ci-devant, (& c'est un principe des philosophes & des rhéteurs,) que tout signe qui est équivoque ne forme jamais un indice indubitable; qu'il est équivoque, dès que c'est un effet, par exemple, qui peut être imputé à deux causes différentes; & encore plus, s'il peut être attribué à un plus grand nombre de causes.

Or la ressemblance, ou la disparité, qui se trouve entre deux écritures comparées ensemble, ne peut-elle pas être un effet de diverses causes? Ne se peut-il pas faire que ce soit un effet d'une imitation étudiée, aussi-bien que de l'habitude d'une même main? Ne se peut-il pas faire que ce soit l'effet d'une rencontre fortuite de deux personnes qui écrivent de même façon? Ne se peut-il pas faire que ce soit l'effet d'autant de causes qu'il y a de faussaires capables d'imiter la main d'autrui, d'autant de personnes qu'il y en a de capables d'écrire naturellement de même sorte, enfin d'autant de rencontres qu'il y en a qui peuvent diversifier les caracteres? Cette ressemblance, ni cette disparité n'est donc pas simplement l'effet ordinaire d'une seule cause, mais de dix mille; & si cela est, y eut-il jamais un signe plus équivoque, un indice plus incertain, une conjecture plus trompeuse?

37. Paſſons encore plus avant. Balde en a fait une définition merveilleuſe : *Scriptura ex quâ fit comparatio, nihil aliud eſt niſi argumentum à ſimili & veriſimili.* Bald. *ad l. Comparationes, num.* 34. « La comparaiſon d'écritures, (dit-» il,) n'eſt autre choſe, ſinon un argument pris de la reſſem-» blance & de la vraiſemblance.» Cette définition eſt, à mon gré, admirable, d'autant qu'elle en explique non-ſeulement toute la nature, mais encore tous les effets ; elle en comprend la nature, parce qu'en effet le fondement de cette preuve n'eſt autre choſe que la reſſemblance ; elle en explique tous les effets, parce qu'on aura beau chercher tant que l'on voudra, l'on ne ne trouvera pas qu'il en puiſſe jamais réſulter autre choſe que la vraiſemblance ; car, encore une fois, qu'on poſe deux écritures les plus ſemblables du monde, & qu'on raiſonne deſſus, ſans préoccupation ; un homme raiſonnable ne dira jamais autre choſe, ſinon : *Voilà deux écritures pareilles, donc il eſt vraiſemblable qu'elles ſont d'une même main :* or de tout ce qu'il y a d'argumens, y en a-t-il un ſi foible que la vraiſemblance ? Qui a jamais appris à conclure ainſi ? *Cela eſt vraiſemblable, donc cela eſt.*

38. Il eſt bien plus rare mille fois de voir deux enfans de divers peres qui ſe reſſemblent, que non pas de voir deux écritures de différentes mains qui ſoient ſemblables ; car la reſſemblance de deux perſonnes, qui ne ſont pas nées de mêmes parens, ne peut être qu'une choſe fortuite ; au lieu que la reſſemblance de deux écritures de diverſes mains peut être, comme nous avons dit, non-ſeulement fortuite, mais étudiée. L'un ne ſe peut rencontrer que par un miracle de la nature : l'autre peut arriver par un effet ordinaire de l'art, &, de plus, par mille rencontres naturelles. Néanmoins, quoiqu'il ſoit infiniment plus difficile de voir deux perſonnes qui ſe reſſemblent, ſans avoir mêmes parens, que de voir deux écritures pareilles ſans être de même main, ſeroit-ce un bon argument en juſtice, de conclure de la reſſemblance qui ſe rencontreroit entre deux perſonnes, qu'indubitablement ils ſont freres ? Un homme ſeroit-il reçu là-deſſus à demander le partage d'une ſucceſſion ?

Cependant l'argument de la reſſemblance des écritures eſt, ainſi que nous venons de dire, encore bien plus foible

que celui de la reſſemblance des perſonnes ; & l'on hazarderoit là-deſſus, non pas le partage d'une ſucceſſion, mais toute la fortune, la réputation, & la vie des hommes : cela ſe peut-il raiſonnablement concevoir ?

39. C'eſt un principe de la ſageſſe, que celui qui a été trompé une fois, doit être toujours en défiance de la choſe qui l'a trompé ; parce que c'eſt un autre principe que ce qui a trompé une fois, peut tromper autant de fois que l'on aura l'imprudence de s'y confier : or combien de fois la reſſemblance a-t-elle trompé dans les écritures, auſſi-bien que dans les hommes ?

Si l'hiſtoire [a] nous a conſervé les noms de tant de gens qui ont trompé par la reſſemblance de leurs viſages, que nous en voyons des chapitres entiers dans les livres ; combien, à plus forte raiſon, pourroit-on faire de gros volumes de ceux qui ont abuſé les juges, les particuliers, & les experts même, par la reſſemblance & par la conformité parfaite des écritures ? Mais ces exemples ſe voient plus dans l'expérience du monde que dans les livres, parce que cela eſt ſi ordinaire & ſi commun, qu'on ne ſe donne pas la peine de le remarquer, à moins qu'il n'arrive, ou en des rencontres importantes, ou à des perſonnes extraordinaires [b].

Ainſi Suétone [c] a écrit qu'Auguſte apprenoit, ſur toutes choſes, à ſes enfans, à imiter ſa ſignature ; & en un autre lieu, il dit [d] que l'empereur Titus étoit ſi adroit à contrefaire la main d'autrui, qu'il n'y avoit perſonne qui n'y fût trompé : *Enſorte*, ajoûte-t-il, *que ce prince avoit accoutumé de dire de lui-même, qu'il ne tenoit qu'à lui qu'il ne fût le plus grand de tous les fauſſaires.* Nous voyons dans l'hiſtoire ſecrette de Procope [e] une choſe étonnante d'un certain Priſcus de la ville d'Emeſſe. Il avoit contrefait l'écriture de tout ce qu'il y avoit quaſi de perſonnes de qualité dans la ville, & celle même des plus célebres notai-

[a] Valerius Max. de Similitud. form. l. 9, c. 15 ; item Solin. Polihiſtor. c. 5. *Opuſc. ou petits Traités de la Mothe-le-Vayer, Lett.* 26.

[b] *Cicéron reproche quelque part à Antoine d'avoir fait métier de contrefaire les écritures, & d'y avoir fait de grands profits.* Quo me teſte convinces? An Chirographo in quo habes ſcientiam quæſtuoſam ? *Philip.*

[c] Suet. in Aug.

[d] Idem in Tito. Imitari chirographa quæcumque vidiſſet, ac ſæpè profiteri ſe maximum falſarium eſſe potuiſſe.

[e] In Anecdot.

res,

res, avec tant d'art, que jamais perſonne n'y reconnut rien juſqu'à ce qu'il l'avouât lui-même ; & l'hiſtorien remarque que la foi qu'on ajoûtoit aux contrats de ce fauſſaire, fut le ſujet de cette Conſtitution, par laquelle Juſtinien ordonna que dorénavant l'on ne preſcriroit plus contre l'Egliſe Romaine, par un moindre eſpace de tems que de cent années [a]. Zazius, dans ſes Réponſes ſingulieres, fait mention d'un certain moine, dont l'adreſſe n'étoit pas moindre à contrefaire les écritures ; & Mornac, d'un auſſi célebre fauſſaire * qui fut empriſonné ſous Henri le Grand. Mais à quoi bon s'arrêter ici à des exemples particuliers ? Tous les auteurs demeurent d'accord que c'eſt une choſe ſi ordinaire & ſi triviale, qu'ils n'en parlent quaſi jamais, qu'en diſant : *Cela eſt commun ; cela arrive tous les jours ; c'eſt une expérience journaliere.*

* *Ad L. Comparationes, Cod. de Fide inſtr.*

Et de vrai, à qui eſt-ce qu'il n'eſt point arrivé d'avoir été trompé par la reſſemblance des écritures, & peut-être même par la ſienne propre ? Certes, c'eſt ici qu'on peut dire aux juges ce que Dieu dit dans l'Evangile ** à ceux qui lui amenoient la femme adultere pour la condamner : *Que celui à qui il n'eſt point arrivé de faillir, prononce la condamnation.* Mais je penſe que ſi tous les juges, qui y ont été trompés, ſe récuſoient, il n'en demeureroit plus aucun.

** *Joan. c. 8.*

40. Mais peut-être les experts ont des régles plus aſſurées pour ne s'y méprendre point ? C'eſt une erreur ; l'expérience journaliere en eſt un contredit ſans replique. Quelle contradiction ne voyons-nous point tous les jours entr'eux, les uns ſoutenant une écriture vraie, & les autres ſoutenant qu'elle eſt fauſſe ? Faut-il autre choſe que ces contrariétés pour marquer leur incertitude dans ces matieres ? ou plutôt en veut-on un exemple plus célebre & plus authentique que celui qui eſt rapporté par l'empereur Juſtinien dans ſa Novelle, où il parle de ce qui arriva de ſon tems en Arménie ? N'en avons-nous pas déja marqué le texte, qui montre [b] *comme des écritures jugées fauſſes*

[a] *Philon, Juif, en ſon Livre contre Flaccus, parle d'un certain fauſſaire nommé* Lempon, *ſi adroit à contrefaire toute ſorte d'écritures, qu'à cauſe du grand nombre de fauſſetes qu'il commettoit, il fut nommé* Καλαμοσφακτης, *c'eſt-à-dire, égorgeant avec la plume.* Lib. 2.

[b] Nam cùm probato permutationis inſtrumento, diſſimiles inter ſe ſcripturæ judicatæ eſſent, poſteà tamen, quàm qui inſtrumento teſtes acceſſerant

par les experts furent reconnues véritables par ceux-mêmes qui les avoient écrites ?

41. Mais après tout, je ne veux que la propre reconnoiſſance des experts pour montrer leur incertitude. Oſeroient-ils jamais dire qu'ils ſçavent que deux écritures ſont de mêmes, ou de différentes mains ? Nullement. Les plus hardis n'oſent avancer autre choſe, ſinon *qu'ils le croient, & que cela leur ſemble être ainſi.* Or, du moment qu'ils diſent ſeulement que cela leur ſemble, ils avouent donc qu'il n'y a que de l'apparence, & qu'ils ne le ſçavent pas aſſurément. Que s'ils ne le ſçavent pas aſſurément, comment un juge peut il fonder ſur leur rapport une ſcience & une connoiſſance qu'ils n'ont pas eux-mêmes ? Y a-t-il un homme de bon ſens, qui fît le moindre cas d'un témoin [a], qui, au lieu de témoigner qu'il ſçait le fait, dont il dépoſe, avec certitude, diroit ſimplement *qu'il a opinion que cela eſt ; qu'il lui ſemble ainſi ; qu'il croit que la choſe s'eſt paſſée comme il l'a dit?* Il eſt indubitable qu'on le renvoyeroit, & que la loi défend de le recevoir ; car, comme dit Ariſtote, qui peut s'aſſurer que la penſée & l'opinion d'autrui ne ſoit pas en effet un menſonge ?

Quoi donc ? la dépoſition de l'expert n'eſt qu'une opinion ? & le juge fondera là-deſſus une connoiſſance certaine ? Quoi ? le juge tiendra ce qu'on lui dit pour indubitable ? & celui qui le lui dit, avoue lui même qu'il ne fait que s'en douter ? Hé ! qui a jamais cru que le juge puiſſe être plus aſſuré que l'expert, ou le témoin dont il tire toute la connoiſſance. N'en doit-il pas être tout au contraire ? Pouvons-nous jamais ſçavoir ſi bien un fait que celui dont nous l'apprenons ? & la vérité ne perd-elle pas toujours de ſa force, à meſure qu'elle paſſe par différens organes, comme le vin, à meſure qu'on le change de vaiſſeaux ?

42. Mais il y a ſur-tout de certaines occaſions où il ne faut que le ſens commun pour voir qu'il eſt impoſſible à

& ſubſcripſerant inventi ſunt & ſubſcriptionem ſuam agnoverunt, inſtrumentum fidem accepit, d. n. 73, in Præfat. ex verſ. Haloand.

[a] *Outre les textes que j'en ai déja rapportés ci-deſſus, il y a encore la Gloſe de l'Authentique* de Teſtibus in verbo, COGNITA, & Gloſſ. VIDISSE, in §. Si verò abſunt. Auth. de Hæred. & Falc. Teſtis non debet teſtificari de credulitate, ſed debet teſtificari ſic eſſe vel non eſſe. Ib. ad. d. ad marg. [illegible] : Nam exiſtimatione & opinione fieri poteſt ut mentiatur animus. Ariſt. Eth. 6, c. 3.

des experts de juger de la vérité ſur la comparaiſon de deux écritures.

C'eſt à ſçavoir quand il s'agit d'une piéce où un homme eſt accuſé d'avoir voulu contrefaire un ſeing étranger ; car, quand il ne s'agit que de vérifier la ſignature ordinaire d'un particulier qui la dénie, encore y peut on aſſeoir quelque legere aſſurance, parce qu'étant ſa ſignature ordinaire, il eſt difficile qu'on n'y découvre l'habitude naturelle de ſa main. Mais, quand il s'agit d'un crime où l'on accuſe un homme d'avoir déguiſé ſa propre écriture pour contrefaire un ſeing étranger, comment eſt-il poſſible d'y rien connoître ? Ou il y a une reſſemblance parfaite entre les écritures, ou il n'y en a qu'une imparfaite. S'il y a une reſſemblance parfaite, on ne peut pas s'imaginer que l'écriture ſoit de la main d'un homme qui a voulu contrefaire ſa ſignature pour en imiter une étrangere ; car un homme, qui veut contrefaire un ſeing étranger, ne manque jamais de déguiſer ſon écriture ; & pour peu qu'il la veuille déguiſer, il eſt abſolument impoſſible qu'il y demeure une reſſemblance parfaite. Il pourroit tout au plus y demeurer quelques traits conformes ; mais qu'il y reſte une reſſemblance parfaite ſans aucune différence, encore un coup cela eſt abſolument impoſſible. Que s'il n'y a qu'une reſſemblance imparfaite, il eſt encore plus difficile d'y rien connoître ; car toute la force d'une préſomption fondée ſur la reſſemblance ne peut être qu'en la perfection de la reſſemblance : or, du moment que cettte reſſemblance n'eſt plus parfaite, l'on ne peut pas conclure plus raiſonnablement de celle qui y reſte, que les écritures ſoient d'une même main, qu'on peut induire de leur difference, qu'elles ſont de deux mains diverſes.

Je ſçais bien quel eſt là-deſſus le raiſonnement des experts. Où ils trouvent de la reſſemblance, c'eſt-là, diſent-ils, que l'accuſé n'a pu déguiſer ſa main. Où ils trouvent de la diverſité, c'eſt-là, continuent-ils, qu'il a eſſayé de ſe contrefaire. Ainſi ils tirent tout à l'avantage de leur opinion, mais par un raiſonnement ridicule ; car ne ſe peut-il pas faire que ce qui ſe trouve de diverſité en deux écritures, provienne effectivement de la différence naturelle qu'il y a dans l'habitude des deux mains qui les ont écrites, &

que ce qui s'y rencontre de reſſemblance, provienne de quelque conformité naturelle qui s'y rencontre, ou d'une imitation étudiée? Ils imputent la diverſité à l'art, & la ſeule conformité à la nature; & cependant il ſe peut faire auſſi vraiſemblablement que ce ſoit la nature qui produiſe la diverſité, & que la conformité ne ſoit qu'un effet de l'art.

Diſons plus. Comme l'on ne peut pas dire que deux perſonnes ſoient les mêmes pour avoir beaucoup de traits ſemblables, là où de la moindre diverſité, il s'enſuit néceſſairement que ce ne ſont plus les mêmes: ainſi, tant s'en faut qu'on puiſſe conclure que deux écritures ſont de même main, parce qu'il y a entr'elles quelque rapport, qu'au contraire on doit bien plus naturellement inferer que ce n'eſt point une même écriture, de la moindre diverſité qui s'y rencontre.

Concluons donc, pour l'établiſſement de notre troiſieme & derniere propoſition, que non-ſeulement la comparaiſon d'écritures ne produit point une preuve littérale ni teſtimoniale, mais qu'elle ne forme non plus aucun indice indubitable; qu'il n'y a rien de plus incertain que les experts, ni de plus trompeur que leurs conjectures, &, par conſéquent, que la comparaiſon d'écritures n'eſt d'aucune des trois eſpeces de preuves, qui ſont deſirées par la loi, dans l'inſtruction des affaires criminelles.

43. CES TROIS PROPOSITIONS générales étant établies, il eſt bien aiſé d'en tirer les conſéquences, & de montrer que la comparaiſon d'écritures ne peut faire de preuve dans les queſtions capitales.

Car, s'il eſt vrai, comme je l'ai fait voir par ma premiere propoſition, que nous n'avons point de loi qui la reçoive: s'il eſt vrai, comme je l'ai prouvé dans la ſeconde, que la loi n'admet pour toutes preuves dans les jugemens criminels que les titres authentiques, les témoins ſans reproche, & les indices certains, indubitables & plus clairs que le jour; & s'il eſt vrai enfin, comme je l'ai encore fait voir dans la troiſieme, que, tant s'en faut que la comparaiſon d'écritures forme un indice indubitable, qu'il n'y en a point, au contraire, de plus ſuſpect ni de plus douteux, ne ſe conclut-il pas de-là naturellement qu'elle ne peut faire de preuves dans les matieres criminelles?

Auſſi eſt-ce le ſentiment de tout ce qu'il y a de plus célébres juriſconſultes [*a*]; qui ont traité cette queſtion & ſans perdre de tems à les nommer tous, je puis dire qu'il n'y en a pas un ſeul d'un ſentiment oppoſé.

MAIS ON ME FAIT, comme nous avons vu tantôt, trois objections. La premiere eſt que la loi *Ubi* a ordonné la comparaiſon d'écritures dans les matieres de faux, & que l'y ayant admiſe, c'eſt une bonne marque qu'elle l'a jugée capable d'y faire preuve;

La ſeconde, que ſi ce n'eſt pas une preuve, en tous cas, elle doit paſſer pour une demi-preuve;

Et la troiſieme, qu'il faudroit laiſſer la plûpart des fauſſetés impunies, ſi l'on n'admettoit la comparaiſon d'écritures pour les prouver, parce qu'il eſt trop difficile d'avoir d'autres voies pour en convaincre les accuſés.

44. J'AI DONC, POUR FINIR, à ſatisfaire encore à ces trois objections; & pour les examiner dans leur ordre, je demeure d'accord que, par la loi *Ubi*, il eſt dit qu'en matiere de faux, le juge doit rechercher la vérité par toutes ſortes de voies, & même par la comparaiſon d'écritures. Mais il faut auſſi qu'on avoue que la loi ne porte pas qu'en cette occaſion-là, l'on puiſſe, ſur la ſeule comparaiſon d'écritures, aſſeoir aucun jugement de condamnation, de quelque qualité que ce puiſſe être. Voici quels en ſont les termes [b]: *Quand il ſe préſentera une queſtion de faux, que le juge examine diligemment la vérité, par argumens, par témoins, & par comparaiſon d'écritures, & qu'il en recherche juſqu'aux moindres veſtiges, pour eſſayer de la découvrir.* Or peut-on dire que, par ces termes, la loi ait voulu qu'en matiere de faux, la comparaiſon d'écritures fît une preuve contre l'accuſé? Certes, pour peu qu'on y faſſe de réflexion, l'on trouvera que c'eſt tout au contraire, & que ce que quelques-uns ont voulu, par une mauvaiſe interpré- I. OBJECTION.

[*a*] Quià ad effectum condemnandi in criminalibus, comparatio ſcripturæ non probat diverſitatem manûs, quià ſæpiſſimè fallax eſt; cùm multi reperiantur qui alienas manus imitari ſolent, & quandoque mutatio calami vel atramenti, ætas, &c. & ſic præcisè poſt Ripam Curtium, Cravet. Decium, Franciſc. Marc. Vulp. Maſcard. Bajard. & alios docuit eleganter clarus dominus Farinacius, q. 153. n. 18, de Falſit. & Simulatione. Nicolaüs Genova de Script. privat. L. 1, q. 4, dub. 5, n 7.

[*b*] Ubi falſi examen inciderit, tunc acerrima fiat indagatio, argumentis, teſtibus, ſcripturarum collatione, aliiſque veſtigiis veritatis. L. 22.

tation, faire valoir contre l'accusé, est entiérement à sa décharge.

Col. ad L. Conc. de falso. 45. * Je confesse qu'il n'y a pas de crime où il y ait d'ordinaire plus de difficulté à connoître le criminel, que dans la matiere de faux, & principalement dans cette sorte de faux, qui ne consiste qu'en imitation & en déguisement d'écritures: (mon sujet ne m'oblige à parler que de celle-là;) le coupable s'y cache & s'y déguise: il y prend toujours, pour ainsi dire, une forme & un caractere étranger.

46. Mais il faut aussi avouer que la même difficulté qu'il y a d'y reconnoître le criminel se rencontre à y reconnoître l'innocent, & qu'autant que la fausseté y est obscure, autant la vérité est-elle cachée; car l'une & l'autre sont réciproques. Jamais la fausseté n'est cachée, que parce que la vérité est obscure: jamais il n'est difficile de convaincre un accusé, que par la même difficulté qu'il y a de reconnoître s'il est innocent.

47. Disons même que toutefois & quantes l'on en vient à vouloir vérifier une fausseté par la ressemblance des écritures, un innocent est plus en péril qu'un criminel; car enfin le criminel ne peut être en danger par-là, qu'en un seul cas; c'est à sçavoir s'il n'a pas eu l'esprit ni l'adresse de déguiser son écriture, ce qui n'arrive quasi jamais: là où, au contraire, un innocent peut être exposé par mille rencontres, ou, parce qu'il se sera trouvé des gens qui écrivent naturellement comme lui, ou parce que des faussaires auront imité son caractere. Enfin, autant qu'il y a de personnes au monde, capables d'écrire naturellement comme lui, & de faussaires capables de contrefaire son écriture; autant faut-il dire qu'il y a de voies par lesquelles il court risque d'être soupçonné: chose étrange & bien particuliere en ce crime, mais bien véritable pourtant, que l'innocent y est plus en danger mille fois que le criminel!

48. La loi a donc bien considéré tout cela; & dans ce péril, ou de laisser échapper le criminel, ou de faire périr un innocent, il ne faut pas s'imaginer qu'elle ait eu la pensée de s'exposer à perdre l'innocent, de peur de laisser échapper le criminel. Au contraire, s'il falloit choisir, nous avons vu qu'elle préfere * le salut d'un innocent à la punition d'un coupable. Mais, pour ne tomber en l'une ni

* *D. L. absentem, ff. de Pœn.*

en l'autre de ces deux extremités, elle a voulu prendre des précautions extraordinaires & surabondantes, afin de discerner l'innocent du criminel. Dans les autres crimes où la vérité n'eſt pas ſi enveloppée, elle ſe contente de deux témoins ſans reproches; mais en celui-ci, elle a conſidéré que la dépoſition de deux témoins n'étoit pas aſſez. Pourquoi? parce que tout ce que peuvent dire deux témoins, c'eſt qu'ils ont vu écrire la piéce dont il s'agit, à l'accuſé. Mais qui peut aſſurer que ces témoins ne ſe trompent pas, & qu'ils ne prennent point cette piéce là pour une autre? Ce n'eſt pas comme des témoins qui dépoſent d'un meurtre, d'un vol ou d'un autre fait qui n'eſt point ſujet à équivoques, comme l'eſt la reſſemblance des écritures: on ne peut pas ſe défier de la foi de deux perſonnes ſans reproche, qui dépoſent qu'ils ont vu l'accuſé aſſaſſiner un homme qui a été tué, parce que cet homme, qui a été tué, eſt certain. Mais quelque écriture qu'on repréſente, du moment qu'elle eſt combattue de faux, elle eſt toujours incertaine; & les témoins qui l'ont vu écrire, y peuvent être les premiers trompés, d'autant qu'ils peuvent prendre celle-là pour une autre qui lui reſſemble.

49. Expliquons ceci encore plus clairement. En tout crime, il y a deux choſes qui doivent être conſtantes; la premiere, que le crime a été commis; la deuxime, qu'il a été commis par l'accuſé. Dans l'homicide, par exemple, il doit être, premiérement, conſtant qu'il y a un homme mort, & enſuite, que c'eſt un tel qui la tué. Dans le vol, il doit être conſtant qu'il y a un vol qui a été fait, & enſuite, que c'eſt l'accuſé qui l'a commis.

Il en doit être de même dans la matiere de faux. Il doit être conſtant, premiérement, qu'une piéce eſt fauſſe, & après cela, que c'eſt l'accuſé qui l'a écrite. Que ce ſoit l'accuſé qui a écrit, cela peut bien être juſtifié par les témoins; car il leur eſt aiſé de ſçavoir s'ils l'ont vu écrire. Mais que la piéce qu'il a écrite, ſoit celle qui eſt ſuſpecte de faux, il leur eſt impoſſible de l'aſſurer; car ils peuvent être trompés à la reſſemblance. Il faudroit qu'ils euſſent toujours eu cette piéce entre les mains, ou qu'en la voyant écrire, ils l'euſſent ſignée, & qu'ils la reconnuſſent à leur ſignature. A moins de cela, ils peuvent dépoſer de la perſonne, mais non de la piéce.

50. C'eſt donc pour ſuppléer, en ce cas-là, à l'incertitude des témoins que la loi *Ubi* a ordonné la comparaiſon d'écritures, non pas comme une choſe ſuffiſante de ſoi, pour prouver une fauſſeté, mais comme une choſe capable d'aider à la prouver, quand elle eſt jointe avec la dépoſition de deux bons témoins, & de ſuppléer à la foi que le ſeul témoignage n'eſt pas capable de former dans cette rencontre.

51. Auſſi, qu'on y prenne garde; le texte ne porte pas: *Ou par témoins, ou par comparaiſon d'écritures;* il y a * *par témoins, par comparaiſon d'écritures, & par toutes les voies par leſquelles il eſt poſſible de découvrir les traces de la vérité.* La loi ſouhaite tout cela conjointement. Elle ne ſe ſert pas de la disjonctive (pour uſer des termes des juriſconſultes) comme elle a fait dans cet autre texte, où cottant les trois ſortes de preuves dont on ſe doit ſervir en matiere criminelle, elle dit **: *Il faut ou des titres, ou des témoins, ou des indices indubitables & plus clairs que le jour.* Ici, elle deſire, & les témoins & la comparaiſon d'écritures, conjointement, & non pas diviſément.

* *Teſtibus, collatione ſcripturarum, aliiſque veſtigiis veritatis. D. L. Ubi.*

** *Quæ munita ſit, idoneis teſtibus, vel apertiſſimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus, d. l. fin. Cod. de Probat.*

Et de fait, ne voit-on pas encore ce même eſprit dans ce que nous avons tantôt rapporté de la novelle 73, qui a été faite long-tems depuis cette loi? Nous y avons remarqué que, dans les matieres civiles même, non-ſeulement elle n'eſt pas contente de la ſeule comparaiſon d'écritures, ſans la dépoſition des témoins dignes de foi, mais qu'il ne lui ſuffit pas toujours non plus de la dépoſition des témoins, ſans la comparaiſon d'écritures; tant elle trouve de néceſſité, dans ces matieres, de joindre ſouvent les deux enſemble.

Qu'on ne s'imagine pas après cela, que c'eſt contre l'accuſé, que la loi *Ubi* preſcrit ici la comparaiſon d'écritures: c'eſt plutôt pour ſa décharge; c'eſt de peur de le condamner trop legérement en une matiere ſi obcure; c'eſt, en un mot; pour ſauver l'innocent, encore plus que pour perdre le criminel.

La comparaiſon d'écritures ne fait donc point de preuve dans la matiere de faux, non plus que dans tous les autres crimes. Fait-elle une demi-preuve? C'eſt le ſujet de la ſeconde objection, & ce qui eſt maintenant à examiner.

52. MAIS POUR CET EFFET, il faut encore établir

blir quelques principes ; & en premier lieu, qu'à proprement parler, il n'y a point de demi-preuve. C'eſt un nom barbare, & un être imaginaire. Cela eſt ſi vrai, qu'il ne ſe trouve pas un ſeul texte dans tout le droit, où il en ſoit fait mention. Ce terme a été inventé par quelques interpretes, & fort mal-à-propos, comme le remarquent Contius & M. Cujas [a]. *C'eſt une erreur étrange des interpretes* (diſent-ils) *d'autant qu'ils ont vu que l'on appelloit* preuve entiere & parfaite, *celle qui découvre parfaitement la vérité ils ont appellé* ſemi-preuve, *celle qu'ils ont cru ne découvrir la vérité qu'à demi. Et cependant qu'eſt-ce qu'une vérité découverte à demi ? Qui a jamais vu une demi-vérité ? Ce qui eſt vrai n'eſt-il pas entiérement vrai ? & ce qui n'eſt qu'à demi vrai, n'eſt-il pas entiérement faux ?* Il eſt donc auſſi impoſſible qu'il y ait des demi-preuves, qu'il eſt impoſſible qu'il y ait des demi-hommes. La nature de la preuve eſt indiviſible. Ce qui découvre la vérité, eſt une preuve ; ce qui ne la découvre qu'à demi, n'eſt point une preuve ; parce qu'il ne montre pas la vérité, il ne la laiſſe qu'à deviner.

Je ſçais bien que l'on ne manquera pas de me dire là-deſſus, qu'il y a de certains cas où l'on ne voit pas la vérité toute claire, mais où l'on la voit, pour ainſi dire, comme enveloppée, & que, de même que les aſtrologues ont de certains inſtrumens qui, bien qu'ils ne nous faſſent pas découvrir les aſtres à plein, nous y font pourtant remarquer de certaines choſes, par le moyen deſquelles nous tirons quelque aſſurance de la vérité ; ainſi il y a de certains argumens dans les crimes, par le moyen deſquels nous ne découvrons pas tout-à-fait la vérité, mais à l'aide deſquels nous l'entrevoyons, pour ainſi dire, & d'où nous en tirons des conſéquences probables ; enſorte que ce n'eſt pas tout-à-fait une preuve, mais que c'eſt pourtant une connoiſſance imparfaite, qu'on peut appeller *la moitié d'une connoiſſance entiere*, &, par conſéquent, une demi-preuve.

[a] Eſtque paralogiſmus hic falſus : Vox duorum eſt plena probatio, ergò vox unius eſt ſemiplena, quia veritas eſt ind viſa ; & quòd non eſt plenè verum, non eſt ſemiplenè verum, ſed plenè falſum. Anton. Cont. ad l. 3. Cod. ad l. Jul. Majeſt. Item Cujac. ibid. Ut veritas, ità probatio ſcindi non poteſt quæ non eſt plena veritas, eſt plena falſitas ; quæ non eſt plena probatio, planè nulla probatio eſt. Denique juriſconſulti non noverunt ullam probationem ſemiplenam. Item ad cap. Licèt univerſis. Ext. de Teſtib. & Atteſt.

Mais je réponds que quiconque voit une choſe enveloppée, ne voit pas la choſe; il n'en voit que l'enveloppe. De quelque maniere qu'on nous faſſe entrevoir la vérité, ou c'eſt en telle ſorte qu'on eſt aſſuré que c'eſt elle, ou c'eſt en telle ſorte qu'on ne fait que s'en défier. Au premier cas, c'eſt une preuve; au ſecond, c'eſt une ſimple défiance & un ſoupçon. Je ſçais bien que la preuve eſt tantôt plus forte, & tantôt plus foible; la défiance, tantôt mieux, & tantôt plus mal fondée. Mais enfin, ſoit que la preuve ſoit plus forte ou plus foible, c'eſt toujours une preuve; ſoit que la défiance ſoit tantôt plus juſte, & tantôt moins raiſonnable, ce n'eſt jamais qu'une défiance. Le plus ni le moins ne peuvent changer l'eſpece, comme diſent les philoſophes *.

53. Toutefois, puiſque l'abus a prévalu; que ce terme eſt canoniſé par les interpretes; que M. Cujas n'a pas laiſſé lui-même de s'en ſervir, & qu'après tout ce ſeroit diſputer ſur une ſimple queſtion de nom, de s'arrêter à ſçavoir comment ſe doit nommer ce qu'on appelle ordinairement *une demi-preuve*, puiſque l'exiſtence de la choſe eſt certaine, tenons-nous-en à l'uſage, & voyons ſi, dans la doctrine des demi-preuves, la comparaiſon d'écritures peut paſſer pour être du nombre dans les matieres criminelles.

54. *Je n'ai*, pour cet effet, qu'à faire deux autres obſervations très-ſommaires.

La premiere eſt que, comme nous avons dit qu'il y a une grande différence à faire entre les preuves dans les matieres criminelles, & les preuves dans les matieres civiles, il y a auſſi une grande différence à faire entre les demi-preuves en l'un & en l'autre.

Pour former une demi-preuve en matiere civile, il ſuffit d'une préſomption qui ne prouve rien, & qui ſoit ſeulement capable de donner du ſoupçon; c'eſt ce que dit expreſſément M. Cujas, en un lieu [*a*] où il eſt même à remarquer qu'il rapporte la comparaiſon d'écritures pour exemple d'une choſe qui ne prouve rien. Mais il n'en eſt pas

---

* *Cependant voyez à ce ſujet la note de la page* 82.

[*a*] Semiplenam vocant quæ nulla eſt, quæ nihil probat; ut argumenta quæ fidem judici non faciunt, ſed eum in ſuſpicionem adducunt. Hujuſmodi eſt comparatio litterarum quæ per ſe, ſola fidem non facit. Cujac. ad l. in Bono, Cod. de Reb. cred.

de même en matiere criminelle. Tout ce qui ne prouve rien, & qui n'eſt capable que de donner [a] du ſoupçon, en eſt abſolument rejetté : la loi [b] n'y reçoit d'indices que ceux qui ſont manifeſtes, indubitables & clairs comme le jour.

55. *La ſeconde obſervation eſt* qu'encore que la loi mette les indices indubitables entre les trois eſpeces de preuves reçues en matiere criminelle, il ne faut pourtant pas s'imaginer que ces indices ſoient une eſpece de preuve parfaite & ſuffiſante pour aſſeoir une condamnation définitive. Il n'y a que les titres & les témoins qui ſoient des preuves parfaites : les indices, quelqu'indubitables qu'ils ſoient, ne ſont qu'une preuve imparfaite. *A proprement parler*, dit M. Cujas [c], *il n'y a que deux ſortes de preuves ; les titres & les témoins ;* & quand la loi [d] parle elle-même des preuves parfaites, elle ne compte que ces deux-là pour être de pareille force & autorité.

Je ſçais bien qu'il y a un texte [e] qui égale la foi des indices indubitales aux témoins & aux titres ; mais ce même texte marque expreſſément que ce n'eſt qu'en matiere civile ; & en une queſtion de propriété.

Je ſçais bien encore que la loi * qui regle les preuves recevables en matiere criminelle, compte les indices indubitables parmi les titres & les témoins ; mais remarquez qu'elle ne parle pas là des preuves parfaites & ſuffiſantes pour aſſeoir une condamnation : elle parle ſeulement des preuves recevables & légitimes. * *D. L. Sciant.*

56. Car il y a deux conditions néceſſaires en une preuve ; l'une, que la preuve ſoit légitime ; l'autre, qu'elle ſoit parfaite. Qu'elle ſoit légitime pour fonder une juſte accuſation, & donner lieu à l'accuſateur d'intenter ſon action,

[a] Sed nec de ſuſpicionibus quemquam damnari oportere divus Trajanus Aſidio Severo reſcripſit. L. Abſentem, ff. Pœnis. Plus eſt quàm ſi indicio dixiſſet, *dit Godefroi ſur le mot* Suſpicionibus ; *& M. Cujas :* Qui ſuſpicatur, plus ſe videre putat quàm qui præſumit. ad cap. Licèt univerſis. Ext. de Teſtib.

[b] Indiciis indubitatis & luce clariorîbus, d. l. Sciant. Cod. de Probat.

[c] Et duæ præcipuæ maximæque ſunt probationum ſpecies, inſtrumenta & perſonæ. Cujac. in Parat. ad T. Cod. de Probat.

[d] In exercendis litibus eandem vim obtinent, tàm fides inſtrumentorum, quàm depoſitiones teſtium, l. 15, Cod. de Fid. inſtrum.

[e] Indicia certa quæ jure non reſpuuntur, non minorem probationis, quàm inſtrumenta, continent fidem. Quo jure, ſi de proprietate dominii ambigis, negotiumque integrum eſt, uti non prohiberis, l. 19, Cod. de rei Vindic.

ſans tomber dans la peine des calomniateurs; quelle ſoit parfaite pour aſſeoir une condamnation définitive.

Or, dans cette loi dont nous parlons, il n'eſt pas queſtion des preuves qui peuvent fonder une condamnation définitive, mais ſeulement de celles qu'il faut qu'un accuſateur apporte pour faire recevoir ſon accuſation, & éviter la peine de la calomnie. Cela ſe voit dans les termes de la loi, qui ne s'adreſſent pas aux juges, mais *aux accuſateurs* [a], qui ne dit pas qu'il ſuffiſe de ces preuves pour condamner, mais ſimplement *pour porter une accuſation en juſtice*. C'eſt auſſi ce que remarque M. Cujas; car, après avoir dit qu'il n'y a que deux ſortes de preuves parfaites [b], à ſçavoir les titres & les témoins; *l'on y peut ajoûter*, continue-t-il, *les indices indubitables, comme étant du nombre des preuves légitimes*. Remarquez qu'il dit ſimplement *légitimes*, mais non pas *parfaites;* car il n'y a que les deux premieres qui le ſoient; la juſtice n'a que ces deux yeux pour reconnoître la vérité. *Toutes les choſes du monde*, (dit Héliodore [c], cité en ce lieu-là même par M. Cujas,) *ne peuvent être parfaitement aſſurées que par deux moyens, ou par l'autorité des titres, ou par la foi des témoins.*

Ce ſont donc deux obſervations qui doivent paſſer pour deux maximes conſtantes; l'une, qu'il n'y a que les indices indubitables reçus par la loi en matiere criminelle; l'autre, qu'encore qu'ils y ſoient reçus, ils n'y font pas toutefois une preuve parfaite & entiere, mais ſeulement une preuve imparfaite.

Or de-là il eſt aiſé de juger quelles ſont les demi-preuves en matiere criminelle; car s'il n'y a que les indices indubitables reçus en matiere criminelle, comme nous l'avons montré; & ſi ces indices, quoiqu'indubitables, ne ſont pas toutefois capables de former une preuve pleine & entiere, mais ſeulement une preuve imparfaite, il s'enſuit de-là néceſſairement qu'ils ne font autre choſe qu'une demi-

[a] Sciant cuncti accuſatores eam ſe rem deferre in publicam notionem debere, &c. d. l. Sciant, Cod. de Prob.

[b] Et duæ præcipuæ maximæque ſunt probationum ſpecies; inſtrumenta & perſonæ. His addi poſſunt argumenta, ſigna & indicia certa quæ jure non reſpuantur, indubitata & omni luce clariora; & hæc genera legitimarum probationum. Cujac. Parat. Cod. ad Tit. de Probat.

[c] L. 10, Hiſt. Æthiop.

preuve [*a*]; car la demi-preuve n'eſt autre choſe que la preuve qui eſt imparfaite.

Auſſi, autant qu'on ſe peut perſuader que la loi a reconnu les demi-preuves, autant peut-on dire qu'elle n'a reconnu pour telles que les indices indubitables; car enfin il eſt conſtant que pour tous les mêmes jugemens pour leſquels nous diſons d'ordinaire qu'il eſt requis des demi-preuves, la loi a toujours exigé des indices manifeſtes & certains. Nous en avons une infinité de textes dans [*b*] le droit; & c'eſt une remarque excellente que fait Papon [*c*]. *Les juges*, (dit-il,) *n'ayant en main, pour la preuve du maléfice, autre choſe que des indices & préſomptions, ores qu'ils ſoient indubitables & véhémens, ſi ne doivent-ils pas juger à la vraie & derniere peine, tout ainſi que s'il y avoit des témoins dépoſans l'avoir vu : ains doivent incliner à quelque gracieuſe condemnation;* & là-deſſus, il cite Balde, Accurſe & Arétin, comme garans de ſon opinion.

Mais, m'objectera-t-on, n'y a t-il pas des indices ſi preſ- II. OBJECTION.
ſans, qu'ils ſont capables de former une conviction? N'ai-je pas dit moi-même qu'il y en a qui concluent par une conſéquence néceſſaire, & qui peuvent produire la ſcience? Cela eſt certain; mais la ſcience des juges [*d*], ni la conviction même de l'accuſé ne ſuffiſent pas toujours pour le condamner.

57. Il y a deux ſortes de *ſciences;* il y a deux ſortes de *convictions*. Il y a la *ſcience* qui produit une certitude morale; il y a la *ſcience* qui produit une certitude phyſique. *La ſcience*, qui produit une certitude morale, eſt celle qui dépend du raiſonnement; & telle eſt la ſcience qui n'eſt fondée que ſur des indices. *La ſcience*, qui produit une certitude phyſique, eſt celle qui dépend immédiatement des ſens, telle qu'eſt celle des témoins qui ont vu le crime.

58. Ces deux diverſes eſpeces de ſciences forment les

[a] *C'eſt pourquoi les interpretes appellent la demi-preuve* ſemiplena probatio.

[*b*] Ad tormenta ſervorum ità demùm venire oportet cùm ſuſpectus eſt reus & aliis argumentis ità probationi admonetur ut ſola confeſſio ſervorum deeſſe videatur. L. 1, ff. de Quæſt. Item. L. Milites, Cod. eod. & L. 3, C. ad L. Jul. maj. ubi Cujac.

[c] *Papon, l.* 24, *t.* 8, *n.* 1, *de ſon Recueil d'arrêts.*

[d] *Il faut encore que la ſcience ſoit légitime & réguliere; car, par exemple, un juge ne peut pas juger ſur ſa ſcience particuliere;* ſed ſecundùm allegata & probata.

deux différentes eſpeces de convictions ; *conviction morale*, & *conviction phyſique* : or la ſcience & la conviction morale ſont bien capables de fonder un jugement en matiere civile; mais elles ne ſuffiſent jamais, en matiere capitale, pour aſſeoir une condamnation définitive contre un accuſé ; & en voici la raiſon. Elles ſuffiſent en matiere civile, parce qu'il n'eſt jamais queſtion que du droit des parties, & que les queſtions de droit ſont de la dépendance de la morale ; mais elles ne ſont pas ſuffiſantes en une queſtion capitale, parce que, dans ces queſtions, il ne s'agit que de fait, & que les queſtions de fait ne ſont point de la juriſdiction de la morale, mais ſeulement de la pure connoiſſance de la phyſique.

Cette diſtinction n'eſt pas ſimplement vraie, mais importante & néceſſaire pour l'intelligence de quelques textes du droit, dans leſquels nous voyons que la loi dit [*a*] qu'encore qu'un homme ſoit *convaincu*, on ne peut pas pourtant le condamner à la mort, & qu'il faut avoir de plus fortes preuves. Que veut dire cela ? c'eſt-à-dire, *convaincu par une conviction morale*, telle que celle qui réſulte des indices manifeſtes & indubitables qui ne forment qu'une ſémi-preuve ; & c'eſt en cette maniere que l'expliquent auſſi Contius & M. Cujas.

Cela préſuppoſé, peut-on dire que la comparaiſon d'écritures puiſſe paſſer pour une demi-preuve ? Certainement il eſt impoſſible de le ſoutenir ; car nous venons de voir que pour faire une demi-preuve en matiere criminelle, il faut des indices manifeſtes, indubitables, & plus clairs que le jour : cependant nous avons montré ailleurs que la comparaiſon d'écritures eſt un indice des plus douteux, & plus obſcur, pour ainſi dire, que la nuit même ; &, par conſéquent, il n'y a rien de plus éloigné de la nature de ceux qui ſont capables de former une demi-preuve en matiere criminelle.

[*a*] Si quis alicui majeſtatis crimen intenderit, cùm in hujuſmodi re convictus, minimè quiſquam privilegio dignitatis aſtrictiore inquiſitione defendatur : ſciat ſe quoque tormentis ſubdendum, ſi aliis manifeſtis indiciis accuſationem ſuam non potuerit probare, cum eo qui hujuſmodi eſſe temeritatis reus deprehenditur. L. 3, Cod. ad l. Jul. majeſt. ubi Contius in verbo *Convictus*. Sit, ait, convictus, non quidem plenè ; alioquin ſtatim damnaretur, ſed imperfectâ, &, ut aiunt, ſemiplenâ probatione.

Et Cujac. ibid. Convictus, ſcilicèt manifeſtis indiciis, de quibus ipſa lex loquitur.

59. Il y a encore plus. Quand ce ſeroit un indice auſſi manifeſte qu'il eſt obſcur, & auſſi infaillible qu'il eſt trompeur, ce ne ſeroit pas encore aſſez ; car, pour faire une demi-preuve, l'on ne deſire pas ſimplement un indice indubitable. La loi [a] n'a jamais d'égard à un ſeul ; elle en veut toujours pluſieurs. *Il faut des indices indubitables*, dit-elle ; & par-tout, elle les déſigne au nombre pluriel.

Un ſeul témoin, de quelque qualité qu'il puiſſe être, ne fait pas même une demi-preuve, ſelon la loi, bien qu'un témoin, qui a été préſent à une action, ſoit toujours incomparablement bien plus conſidérable que le plus indubitable des indices. Cependant la loi ne veut pas ſeulement qu'il ſoit écouté. Il y en a divers textes ; & M. Cujas réfute, en ces termes, l'erreur d'Accurſe qui avoit avancé que la voix d'un témoin irréprochable pouvoit faire une ſémi-preuve [b]. *Mauvais raiſonnement*, dit-il, *de vouloir faire paſſer la dépoſition d'un témoin pour une ſémi-preuve, ſous prétexte que deux témoins font une preuve. C'eſt tout de même que ſi vous diſiez : Deux unités forment un nombre ; &, par conſéquent*, un, *eſt un demi-nombre : or, qui a jamais ouï parler d'un demi-nombre.*

Auſſi eſt-ce une des défenſes que fait Dieu, dans l'Ecriture d'écouter la voix d'un ſeul témoin [c]. *Qu'on ne ſouffre jamais*, dit-il, *qu'un témoin ſeul paroiſſe en juſtice contre un accuſé.* Conſidérez que Dieu ne ſe contente pas de dire : *Qu'on ne condamne point ſur le témoignage d'un ſeul témoin*, il dit : *Qu'on ne ſouffre pas ſeulement qu'il paroiſſe ;* c'eſt ce qu'a bien conſidéré S. Paul [d], quand, ré-

[a] Indiciis ad probationem indubitatis, d. L. Sciant. C. d. de Probat. Item, L. 19, Cod. de rei Vindicat, L. 13, Cod. de Jur. dot. L. 3, §. 4, ff. de Suſpect. tutor. L. n. C. d. in Lite jurando, L. 34, §. 3, ff. de Legat. 1, l. 14, de contrah. Stipul. Cod. & L. 17, in fin. ff. de Manumiſſ. teſtam.

Manifeſtè ſancimus ut unius omnimodò teſtis reſponſio non audiatur, etiamſi præclaræ curiæ honore præfulgeat, L. Jusjurandi, 9, Cod. de Teſt. Unius teſtimonio non credendum. L. Maritus, ff. de Quæſt. Unus teſtis nullus teſtis, id eſt, unus teſtis nihil probat. Cujac. ad L. in Bonæ, 3, Cod. de Reb. credit. Item, Ant. Contius ad L. 3, Cod. ad L. Jul. majeſt.

[b] Errant dùm unum teſtem affirmant eſſe probationem ſemiplenam. Duo, inquiunt, teſtes faciunt plenam probationem ; ergò unus ſemiplenam. Sed hæc collectio vitioſa eſt ; & eadem atque ſi diceret : Duo perficiunt numerum ; ergo unus aut unum eſt numerus imperfectus, aut ſemiplenus. Quod eſt falſum. Nam unum non poteſt dici numerus. Cujac. ad L. Jul. majeſt. Cod.

[c] Non ſtabit teſtis unus contra aliquem, quidquid illud peccati & facineris fecerit. Deuter. 19, v. 15.

[d] Accuſationem noli recipere niſi

pétant le même précepte dans la loi nouvelle, il l'a expliqué ainſi : *Ne recevez pas ſeulement l'accuſation, s'il y a moins de deux témoins.*

60. Cependant il eſt certain que la comparaiſon d'écritures n'eſt qu'un ſeul indice qui eſt, comme nous avons dit, bien moins qu'un témoin. Quand il y auroit cent experts qui auroient été ouïs, leur nombre ne multiplieroit pas celui des indices, parce que cela ne multiplieroit pas la reſſemblance ; & de même que, quand il y auroit mille témoins qui dépoſeroient d'avoir vu une goutte de ſang ſur les habits d'un accuſé, tous ces témoins ne formeroient qu'une ſeule conjecture : ainſi, quand mille experts diroient que deux écritures ſont ſemblables, ce ne ſeroit qu'une préſomption unique, parce que cela n'aboutiroit qu'à une ſeule reſſemblance.

Concluons donc que la comparaiſon d'écritures ne fait pas même une demi-preuve en matiere criminelle, & parce que ce n'eſt qu'un indice des plus douteux, & parce que ce n'en eſt qu'un ſeul.

C'eſt auſſi le ſentiment général de tout ce qu'il y a de plus éclairé entre les docteurs qui ont traité la queſtion [*a*] ; & s'il s'en trouvoit d'oppoſés, leur petit nombre ne ſerviroit qu'à montrer l'erreur d'une opinion ſi ſinguliere.

61. *Je paſſe plus avant ;* car non-ſeulement la ſimple d'écritures comparaiſon n'eſt jamais ſuffiſante pour faire une ſémi-preuve en matiere criminelle ; mais je dis qu'elle n'eſt pas capable de faire la moindre ni la plus legere préſomption, lorſque la piéce qu'il s'agit de vérifier, ſe trouve ſignée de deux notaires, d'un notaire & de deux témoins, ſoit que les notaires & les témoins ſoient morts, ſoit qu'ils ſoient encore vivans, & qu'ils reconnoiſſent leur écriture.

Cette propoſition ſurprendra peut être d'abord ; &

ſub duobus vel tribus reſtibus. 1, ad Timoth c. 5, v. 19, & ad Hebr. c. 10, v. 28.

[*a*] Comparatio litterarum de ſe ſola, adminiculis minimè concurrentibus, nec etiam facit indicium ad torturam, ut videre eſt ad apud Ripam in L. Admonendi, n. 100 ; & ibi etiam Cur. n. 116, ff. de Jurejur. Aymon. de Antiq. temp. part. 1, §. Quæritur etiam ; & n. 72, Dec. conſ. 615 ; n. 3, poſt. med. Fran. Marc deciſ. 935, part. 2. Vulp. conſ. crim. 35, n 14 ; Maſcard. de probat. L. 2, concl. 626, n. 29 ; & concl. 740, num. 10 & ſeq. Bayard ad Clar. in § Falſum, n. 108. Proſp. Farinac. de fa ſ. & Simul. q. 115, part. 6, n. 118 ; Nicol. Genova Patav. de Script. priv. L. 1, q. 4, dubit. 5.

d'autant

d'autant plus que nous avons dit, au commencement de ce discours, qu'en ce cas-là elle fait une preuve entiere & parfaite dans la matiere civile ; de sorte qu'il semble qu'à tout le moins elle devroit faire une demi-preuve dans la matiere criminelle. Mais je m'assure que, pour peu qu'on prenne la peine d'y faire réflexion, il n'y a personne qui ne tombe dans mon sentiment.

Pour entendre mieux ceci, mettons-en l'espece dans la matiere de faux, où la comparaison d'écritures semble plus naturellement convenir. Supposons que l'on accuse un homme d'avoir fait un faux seing au bas d'un contrat qui est signé de deux notaires, ou d'un notaire & de deux témoins. Supposons que ce contrat est au nom de Titius, que la signature porte le nom de Titius, & néanmoins qu'on accuse Sempronius de l'avoir faite ; je demande si, en ce cas, la vérification des écritures étant ordonnée, & les experts jugeant par la comparaison des caracteres, que cette signature est de la main de Sempronius, &, par conséquent, que cet acte est faux ; si, dis-je, l'on peut ajoûter quelque foi à cette sorte de comparaison, sous prétexte que l'acte est revêtu des solemnités desirées par la Novelle ?

Or je soutiens que non, & qu'en ce cas-là, soit que les témoins ou les notaires soient vivans pour déposer, soit qu'ils soient décédés, tant s'en faut que leur signature ajoûte quelque créance au rapport des experts, que c'est tout au contraire, ce qui la détruit, & ce qui la rend infiniment moins considérable que s'il n'y avoit ni notaires ni témoins qui eussent signé.

Ma raison est que, du moment qu'un acte passé au nom de Titius, est signé de Titius, & qu'avec cela il y a deux notaires, ou un notaire & deux témoins qui l'ont aussi signé & attesté en cette forme, cet acte est une preuve authentique & par écrit, qu'il a été passé par Titius : or c'est une maxime, que la preuve même par témoins n'est point reçue contre une preuve par écrit authentique : *Contrà scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur*, *L.* 1, *Cod. de Testibus* ; il faudroit auparavant faire déclarer l'acte faux, & faire le procès aux notaires qui l'ont signé ; &, par conséquent, à plus forte raison ne peut-on pas recevoir

contre ce même acte une ſimple preuve par experts, qui eſt infiniment moins conſidérable qu'une preuve par témoins.

62. *Je dis plus ;* je ſoutiens que l'inſcription en faux n'eſt pas même recevable contre cet acte, quand on ne rapporte point de plus forte preuve du faux, que la comparaiſon par experts : la raiſon en eſt que, ſuppoſé que tous les experts, en tel nombre que l'on voudra, aient jugé que la ſignature du nom de Titius eſt de la main de Sempronius ; néanmoins ce ne ſont que des experts oppoſés à la ſignature & au témoignage de deux notaires, ou d'un notaire & de deux témoins : or, dans la concurrence du témoignage de deux notaires, ou d'un notaire & de deux témoins qui ont ſigné l'acte débattu de faux, avec un rapport d'experts qui n'en jugent que ſur la reſſemblance, dira-t-on que la dépoſition des experts puiſſe prévaloir à celle des notaires & des témoins de l'acte ? C'eſt tout au contraire ; & il en y a un texte précis dans la novelle 73, qui porte [*a*] que, *Toutefois & quantes que le rapport des experts ſe trouvera oppoſé à l'atteſtation des témoins qui ont ſigné l'acte, les témoins ſeront toujours crus, préférablement à tous les experts.*

Je paſſe encore plus avant ; car, ſuppoſé même que les témoins & les notaires qui ont ſigné la piéce, dépoſaſſent contre la foi de cette écriture, & qu'ils diſent conformément au rapport des experts, qu'encore qu'elle porte le nom de *Titius*, néanmoins la ſignature eſt de la main de Sempronius ; il eſt certain que ce rapport n'en ſeroit pas plus conſidérable contre Sempronius, parce qu'en ce cas le notaire & les témoins dépoſeroient contre leur propre foi ; ce qui n'eſt jamais recevable [*b*].

Mais que dirons nous ſi les notaires, ou les témoins qui ont ſigné l'acte, ne dépoſent ni pour l'acte ni contre l'acte, ou parce qu'ils ſont morts, ou parce qu'ils ſont

[*a*] Si verò tale aliquid contigerit, quare in Armeniâ, ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud teſtimonia, &c. Tunc nos quidem exiſtimavimus ea quæ vivâ dicuntur voce, quàm ſcripturam ipſam ſecundùm ſe ſubſiſtere. Nov. 73, §. 2.

[*b*] Nimis enim indignum eſſe judicamus, ut quod quiſque ſuâ voce proteſtatus eſt, id eumdem caſum infirmare, proprioque teſtimonio reſiſtere valeat. L. 13, Cod. de non num. Pecuniâ.

abſens ? Je dis que s'ils ſont abſens, il faut leur faire faire leur procès par contumace comme à des fauſſaires, auparavant que de pouvoir ôter la foi à l'acte, & que, s'ils ſont morts, il faut faire le procès à leur mémoire, parce qu'un acte public ne peut jamais paſſer pour faux, juſqu'à ce que le notaire qui l'a ſigné ſoit déclaré un fauſſaire. Je dis plus : s'ils ſont morts, la ſeule comparaiſon par experts n'eſt jamais capable de détruire l'acte, non pas même quand elle eſt jointe avec l'inſcription de faux ; car le témoignage d'un homme eſt confirmé par ſa mort, & par la même raiſon que notre novelle 73 dit [a] que ſi les notaires, ou les témoins qui ont ſigné l'acte ſont morts, alors leur ſignature fait foi, ſans qu'il ſoit beſoin d'autre dépoſition, pourvu qu'il paroiſſe que c'eſt leur ſignature : par cette même raiſon, dis-je, quand les témoins, ou les notaires qui ont atteſté un acte, ſont décédés, leur témoignage prend encore une nouvelle force de leur mort ; elle paſſe pour la confirmation la plus authentique qu'on puiſſe deſirer de leurs dépoſitions : elle vaut, dit la loi [b], le récollement & la contation la plus ſolemnelle. La raiſon eſt, qu'on préſume toujours qu'un homme qui va rendre compte à Dieu de ſes actions, ne ſouffre pas qu'il demeure de lui après ſa mort un témoignage qui l'accuſe éternellement de fauſſeté & d'impoſture devant Dieu & devant les hommes : c'eſt pourquoi, encore qu'il y eût une loi à Athènes, qui rejettoit tous les témoins qui dépoſoient d'une choſe où ils n'avoient pas été préſens, il y en avoit néanmoins une [c] autre qui en exceptoit ceux qui dépoſoient de l'avoir ouï dire à un homme qui étoit depuis décédé. Ils vouloient que la foi qui étoit dûe à la parole des témoins après leur mort, fût égale à celle qu'on devoit à la choſe même, & qu'il n'y eût point de différence entre l'avoir vue, & l'avoir ouïe raconter par un témoin qui ne vivoit plus.

[a] d. cap. Si verò moriantur. d. nov. 73, ut ſup.

[b] L. fin. Cod. de Teſtib. Sin autem omnes teſtes ab hâc luce ſubſtracti ſint, tunc neceſſitatem imponi fide ſcripturæ approbatâ in quâ diſpoſitiones teſtium referuntur, eas quaſi factas accipere.

[c] Ἀκηκοέναι μαρτυρεῖν τεθνεώτος, ἐκ ἀπαντικρὺ καὶ ἐποπτείᾳ καὶ ἀδυνάτου. Id eſt : De re à mortuo acceptâ aut peregrè geſtâ cui intereſſe non potuerint, teſtimonium auriti non oculati dicunto. Petit. de Leg. Att. l. 4, T. 7, de quâ lege Demoſth. in Orat. pro Coronâ.

Disons donc que non-seulement la comparaison d'écritures ne peut jamais faire une demi preuve en matiere criminelle, mais qu'elle ne peut pas même être reçue, quand c'est pour combattre la foi d'un acte public, parce qu'il ne se peut jamais faire que les conjectures que forme sa seule différence, ou ressemblance des caracteres, égale la foi que l'on doit à l'attestation solemnelle des personnes publiques, & des témoins.

Quelle est la raison de différence de cette espece à celle de la Novelle? C'est que, dans l'espece de la Novelle, l'on suppose que la signature & la déposition des témoins vont à confirmer le rapport des experts; dans celle-ci, l'une & l'autre vont à la détruire. En celle-là la vérification des experts est autorisée de la foi de l'acte & des témoins; en celle ci, leurs conjectures sont détruites par une preuve littérale & testimoniale tout ensemble.

III. OBJECTION. 63. MAIS, DIRA-T-ON, c'est donc un grand avantage à un faussaire de prendre si bien ses mesures, qu'il puisse éviter la présence des témoins, ou les rendre complices de son crime; car, en ce cas, on ne les convaincra jamais, si on ne le peut faire par la simple comparaison d'écritures.

Je réponds, premiérement, qu'il ne faut pas douter que ce ne soit un grand avantage à un coupable, de quelque crime que ce puisse être, de le commettre si secrettement qu'on n'en voie rien. Qui est-ce qui peut nier qu'en matiere de vol, d'homicide & de sacrilége, ce ne soit un grand avantage au criminel d'avoir si bien pris son tems & ses mesures, qu'il n'ait point été découvert par les témoins? Le crime de faux n'a donc point en cela de privilége qui ne soit commun à tous les autres.

64. Mais en second lieu, je réponds que jamais la difficulté de prouver un crime n'a dispensé les accusateurs d'en faire la preuve, ni donné aux juges le pouvoir de le condamner, sans une parfaite conviction: l'exemple s'en peut voir dans l'adultere dont nous avons déja parlé ci-devant. Il n'y a point de crime au monde, qui, de sa nature, soit plus caché, ni plus difficile à découvrir que celui-là; c'est un crime qui n'affecte que la solitude & les

ténébres, qui n'a quaſi jamais pour témoins que les criminels, & qui ſe cache, pour ainſi dire, à la vue des criminels même : cependant cela diſpenſe-t-il les accuſateurs de prouver un adultere par témoins ? cela donne-t-il la liberté aux juges de condamner l'accuſé, ſur de ſimples indices ? Nullement.

Il ne faut donc pas dire que la difficulté de la preuve en ôte la néceſſité, ni qu'en matiere de condamnation capitale, il ne faille toujours une conviction parfaite, avant que de ſe hazarder à la prononcer.

65. Je ſçais bien que, dans l'ancienne loi, cette impoſſibilité de la preuve obligeoit les juges, dans ces rencontres, d'expoſer les femmes à l'épreuve des eaux ameres, comme comme les Ethiopiens * les ſoumettoient à celles de feu, & comme les anciens Allemands ** éprouvoient, dans les rivieres, ſi la naiſſance de leurs enfans étoit légitime ; mais ce ſont des miracles de religion qui n'ont nulle application aux régles ordinaires de la juſtice. Si l'on en peut conclure quelque choſe, c'eſt ſeulement que, dans les crimes cachés, la loi ſe donnoit bien de garde d'interpoſer ſon jugement ; qu'elle renvoyoit à la religion ce qui ne ponvoit être décidé par la juriſprudence, & que les hommes enfin ne ſe doivent pas mêler d'interpoſer leur jugement ſur des préſomptions & des doutes, dans les affaires où Dieu, leur ayant ôté les preuves naturelles & néceſſaires pour en diſcerner la vérité, témoigne aſſez par-là qu'il ne veut pas qu'ils en ſoient juges, & qu'il en a évoqué à ſoi la connoiſſance ; c'eſt ce qui eſt dit admirablement dans un paſſage des Capitulaires de Charlemagne, qui eſt le plus bel endroit par lequel je puiſſe terminer ce diſcours.

* *Heliod. L.* 10.

** *Tacit. Hiſt. L.*

66. [a] *Qu'un juge ne condamne jamais qui que ce ſoit, ſans être ſûr de la juſtice de ſon jugement ; qu'il ne décide jamais de la vie des hommes, par des préſomptions ; qu'il voie*

[a] Nullus quemquam ante juſtum judicium damnet, nullum ſuſpicionis arbitrio judicet. Priùs quidem probet & ſic judicet. Non enim qui accuſatur, ſed qui convincitur reus eſt. Peſſimum namque & periculoſum eſt quemquam de ſuſpicione judicare. In ambiguis Dei judicio reſervetur ſententia. Quod certè agnoſcunt ſuo, quod neſciunt divino reſervent judicio; quoniam non poteſt humano condemnari examine, quem Deus ſuo judicio reſervavit. Capit. Car. Magn. l. 7, cap. 186.

la preuve claire ; & après cela, qu'il juge. Ce n'eſt pas celui qui eſt accuſé qu'il faut conſidérer comme coupable, c'eſt celui qui eſt convaincu. Il n'y a rien de ſi dangereux ni de ſi injuſte au monde, que de hazarder à juger ſur des conjectures. Toutes ſortes d'affaires où la preuve conſiſte en indices, & ne va qu'à former un doute, doivent être réſervées au ſouverain jugement de Dieu ; & les hommes doivent ſçavoir que, toutefois & quantes qu'il n'a pas voulu leur donner le parfait éclairciſſement d'un crime, c'eſt une marque qu'il n'a pas voulu les en faire juges, & qu'il en a réſervé la déciſion à ſon tribunal.

FIN.

TABLE
DES MATIERES
Contenues en ce Volume.

A

ABBRÉVIATION. Si ce qui eſt écrit par notes, par chiffres ou abbréviation, doit paſſer pour écriture privée, ou pour commencement de preuve par écrit? Page 593

Abſent. A quelles conditions la loi donne action à celui qui a géré les affaires d'un abſent pour répéter ſes avances, 298

Celui qui s'eſt immiſcé dans les affaires d'un abſent, pour en profiter par de mauvaiſes voies, eſt recevable à demander ſes avances, quand elles ont tourné au profit de l'abſent, 299

Si, quand une perſonne a continué de gérer les affaires d'un abſent, la preuve par témoins de ſes avances eſt admiſſible? 300

Si, quand un abſent dénie les avances, la preuve en eſt permiſe à celui qui a géré ſes affaires? *ibid.*

Abſent, à qui on a paſſé une reconnoiſſance moindre que la ſomme qui lui étoit dûe, peut-il être admis à la preuve teſtimoniale? 626

Accidens imprévus, exceptés de la prohibition de la preuve par témoins, par l'ordonnance de 1667, 16

Accuſé. Voyez *Interrogatoire.*

Acquêt. Dans le doute un bien eſt-il plutôt préſumé acquêt que propre? 537

Actes. Acte de célébration. *Voyez* Mariage.

Cas auxquels les loix Romaines requeroient des actes par écrit, 35

La preuve par témoins n'étoit pas reçue à Rome contre un acte par écrit, 36

Pourquoi les Interpretes du droit Romain ont ſoutenu le contraire, *ibid.*

Ce qui s'appelloit *Completo actûs*, à Rome en matiere de contrat, 37

La loi *in exercendis, C. de Fide inſtr.* égaloit la foi des témoins à celle des actes par écrit, 36

Si l'écriture en droit étoit de l'eſſence de l'acte, *ibid.*

Formes des actes chez les Romains, *ibid.*

Ce qu'on appelloit à Rome Actes privés, 38

Actes publics. Voyez *Notitiæ.*

Peu d'actes par écrit au commencement de la monarchie Françoiſe, *ibid.*

Forme d'écrire les actes en pluſieurs colomnes ſur une même peau de parchemin, obſervée en France, 43

Forme des actes dans le onzieme ſiécle, 45

Actes publics & privés n'étoient point ſignés autrefois en France, *ib.* & ſuiv.

On appoſoit ſon cachet avec ſes armes aux actes, *ibid.*

Uſage des ſceaux appoſés aux actes, réformé par Philippe le Long, *ibid.*

Diſpoſition des ordonnances pour la ſignature des actes, *ibid.*

Article 166 de l'ordonnance de Blois pour la ſignature des actes, *ibid.*

Quand l'acte eſt ſigné des notaires & témoins, ils ne peuvent le détruire par une diſpoſition contraire, 49

Ce qu'il faut pour rendre un acte authentique, 46, *note.*

Effets des actes authentiques, *ibid.*

L'acte ne fait pas foi contre un tiers, de ce qui y eſt énoncé, *ibid.*

Mais il prouve *rem ipſam*, *ibid.*

Différence entre les actes ſous ſignature privée, & les actes authentiques, 577, *note.*

Si l'acte eſt paſſé devant notaires, en plein jour; la préſomption eſt qu'il a été paſſé librement, 253

Si les actes qui tirent leur origine du droit civil, doivent être parfaits dans la forme ? 268 & 624
De la preuve par témoins des actes qui se font en justice, 289 & 329
Des actes qui se font hors présence du juge, 291
Des actes qui doivent être rédigés par écrit, & de ceux qu'il n'est pas nécessaire de rédiger par écrit, 294
Ce qu'on entend par acte faux, 232
Actio triticiaria & publiciana, 737
Actuarii. Ce qu'on appelloit à Rome *exceptores regerendarii, cancellarii, actuarii*, pour la réception des actes ; 37
Adminicule ; définition, 237
Adversaria, unde dicta, 718
Affirmation. Voyez *Saisie.*
Si la partie affirme une chose qui n'est pas vrai semblable, le juge ne doit y ajoûter foi, 78
Si la preuve est reçue, après l'affimation prêtée par une partie, sur faits & articles, 81
Agens de change, 689
Aleatorius contractus. Voyez *Contrat.*
Aleu. Voyez *Franc-aleu.*
Ambigus. Si, quand les termes d'un contrat sont ambigus, la preuve par témoins de l'intention des contractans est reçue ? 254
Ami. Si les menaces & les mauvais traitemens faits à un ami, peuvent faire croire que son ami a été forcé de signer pour lui un acte, afin de le tirer du péril, 250
Annoblissement. De la preuve de l'annoblissement, & de la noblesse de race, 556
Antesatum. Explication du mot *Antesatum* dans la Coutume de Naples, 208
Antipherna. Explication du mot *antipherna*, à Naples, *ibid.*
Apothicaires. De la foi qu'on doit ajoûter aux livres des apothicaires, 675
Apostille. Si, quand un des contractans refuse de signer un renvoi ou une apostille dans un acte, la partie peut prouver par témoins, qu'elle étoit convenue de les signer ? 491
Archontes. Fonctions des juges appellés *Archontes*, & *Thesmotethæ* à Athenes.
Argentarii. Qui sont ceux qu'on nommoit *Argentarii* à Rome, 672, 684 & suiv.
Différens noms donnés à ceux appellés à Rome *Argentarii*, *ibid.*
Livres des argentiers à Rome, 672 & suiv.
Aragon. En Aragon, la preuve par témoins contre les actes par écrit, n'est défendue qu'à l'égard de ceux qui y sont parties, 85
Arrérages. La quittance des arrérages de la derniere année doit-elle faire présumer que les antérieures ont été acquittées, 390. Voyez *Quittance.*
Art. L'art d'écrire par notes & par chiffres, 593
Asperatura, 686
Artois. Quel est l'usage de la province d'Artois au sujet de la preuve par témoins, 71
Avances. Des personnes desquelles on peut présumer qu'elles n'auroient point répété les avances qu'elles ont faites pour l'absent, 301
De la preuve des avances faites par le tuteur ou curateur, 302
Des avances faites par un procureur. *ibid.*
Des avances par un des colégataires, ou autres qui ont des effets à partager ensemble, *ibid.*
Avantages. Des avantages indirects, 214
Et que la preuve par témoins en est permise, *ibid.*
Authentique. L'authentique, *Ut facta nova constitutio*, n'a lieu en France, 62
Autographum. 649
Autorité. Voyez *Force.*

B

Bail a Cens. Voyez *Censives.*
Des conventions tacites qui concernent la bail à loyer, 401
Du propriétaire qui n'a point fait de bail, *ibid.* S'il peut prouver la jouissance du locataire par témoins, *ibid.*
Espece particuliere d'un bail de cinquante livres par an, 402
De la preuve du bail emphitéotique, & du bail à cens, 406
Le bail tacite ne se peut prouver par témoins, mais seulement l'occupation des lieux, 409
La simulation d'un bail à rente peut-elle se prouver par témoins ? 346
Bannalité. La preuve de la possession de la bannalité se peut-elle faire par témoins ? 542, *note.*
Bans. Publication des bans ; à quelle fin instituée, 141
La preuve par témoins de la publication des bans n'est recevable, 143

Idem, de la diſpenſe de ſe marier devant le propre curé, & des oppoſitions à la publication des bans, 143
Banqueroute. Faire banqueroute, 688
Banquiers, 689
Bénédiction nuptiale en uſage en France. Que les mariages ſe contractoient autres fois ſans bénédiction-nuptiale, 140
De la bénédiction nuptiale, *ibid.*
Si les paroles dont ſe ſert le curé pour la bénédiction, peuvent être changées? *ibid.*
Billets, qui ne contiennent pas l'expreſſion des cauſes, ſont-ils valables? 616
Blancs. Blancs ſignés falſifiés, 618
Boutique. Voyez *Ædes officinariæ*.
Breviculum, ou *Dictum*; ce que c'eſt, 290

C

Cachet. Voyez *Actes*.
Si les cachets appoſés ſur une caſſette trouvée ſous un ſcellé, peuvent paſſer pour un commencement de preuve par écrit? 105
Calendarium, 687
Calliditas. Explication par Dumoulin de ces trois mots, *calliditas*, *fallacia*, *machinatio*, 227
Camſtores. Voyez *Argentarii*.
Cancellarii. Voyez *Actuarii*.
Captation. Ce que c'eſt, ſi elle eſt prohibée, 496 & ſuiv.
Des diſpoſitions captatoires, *ibid.*
Diſpoſition captatoire. Voyez *Leg. Captatorias*.
Cas fortuit. Voyez *Titre*.
Caupones. Voyez *Nautæ*.
Cautio. Ce qui s'appelloit en droit *cautio*, 386
Cédule privée. Ce qui eſt compris ſous ce mot, 597
Cenſives. Réunion de cenſives au fief. Voyez *Deſtination*.
De la preuve de la quotité de la cenſive, 543
Charte-partie. 44
Chartæ. Voyez *Identatæ*.
Chartæ pariclæ ou *pariculæ*, 43
Chevalier. Si la preuve par témoins eſt reçue que le prince a fait une perſonne chevalier, ſur le point du combat. *Quid?* de la qualité d'Ecuyer, accordée durant la paix, 532
Chiffres. Voyez *Notes*.
Coches, tailles & méreaux; eſpece ſur ce ſujet, 721
Code. Le Code ni les Novelles de Juſtinien ne ſont reçus en France; & pourquoi? 66
Codicille. Voyez *Teſtament*.
Cognitores. Voyez *Quæſitores*.
Collybus. Voyez *Aſperatura*.
Collybiſtæ. Voyez *Argentarii*.
Combat en champ clos, 39 & ſuiv.
Solemnités & regles obſervées dans ce combat, *ibid.*
Queſtion de la repréſentation en ligne directe, décidée par le combat en champ clos, *ibid.*
Combat permis entre Jarnac & la Châtaigneraie, *ibid.*
Pourquoi cette ſorte de preuve avoit été admiſe, 41, *not.*
Commencement de preuve par écrit reçue par l'ordonnance de 1667, 16
Du commencement de preuve par écrit, 573 & ſuiv.
La reconnoiſſance d'une femme non autoriſée peut-elle ſervir de commencement de preuve par écrit? 585
Commodatum. Voyez *Prêt à uſage*.
Communauté. De quel jour la communauté a lieu, ſuivant les Coutumes, 192
Des Coutumes qui admettent la communauté après l'an & jour, 197
De la communauté de biens dans la Coutume de Touraine, & quand elle eſt préſumée dans cette Coutume par le mêlange des biens, 198
Communauté de biens; ſi elle eſt acquiſe par la demeure de deux perſonnes enſemble, &c. *ibid.*
Comparaiſon d'écritures. De la comparaiſon d'écritures, 627 & ſuiv.
Du peu de foi qu'on doit ajoûter à la comparaiſon d'écritures, 233, *not.* 578 & 633,
La comparaiſon d'écritures ne doit pas faire de preuve en matiere criminelle, 632
Lorſque le rapport des experts ſe trouve oppoſé à l'atteſtation des témoins qui ont vu ſigner l'acte, les témoins doivent être crus préférablement aux experts, *ibid.*
Condiction. De la condiction d'une ſomme payée & non dûe, 611 & ſuiv.
Condition. Une condition impoſſible appoſée dans un teſtament, ne le rend pas nul, 10, *not.*
Confeſſion en jugement, 84
De la confeſſion verbale, faite hors jugement, 83

N'eſt pas réputée preuve ſuffiſante en matiere criminelle, 797
La preuve, qui réſulte de la confeſſion, peut être détruite, en prouvant l'erreur qui y a donné lieu, 84, *not.*
Comment cette erreur doit-elle être juſtifiée? *ibid.*
La confeſſion extrajudiciaire fait-elle une preuve? Diſtinction de Dumoulin à ce ſujet, *ibid.*
Pour que la confeſſion faſſe preuve, il faut que celui qui la fait, ſoit capable de s'obliger, *ibid.* & 85
Il faut auſſi qu'elle ſoit faite en faveur de perſonnes à qui la loi permet de donner, *ibid.*
Confuſion. Quid? en matiere de confuſion d'actions ou de compenſation, 198
Congé. Peut-on être admis à la preuve par témoins d'un congé? 409, *not.*
Conjecture. Définition de la conjecture, 236
Cas auxquels la loi ſe contente d'indices & de conjectures, 10
Conſuls. Uſage des conſuls à l'égard de la preuve par témoins, n'a point été changé par l'ordonnance de 1667, 14
C'eſt-à-dire dans les affaires conſulaires, qui ſe paſſent de marchand à marchand, pour fait de marchandiſe, *ibid. not.*
La preuve par témoins n'y doit pas même être admiſe indiſtinctement dans toute ſorte de cas, *ib.* 15
Contrat. Voyez *Acte.*
Comment ſe paſſoient les contrats chez les Juifs, dans l'ancien Teſtament, 32
De la forme des contrats chez les Juifs. Exemple tiré du chap. xxxij de Jérémie, 33
Explication de la forme de cet acte par Vatable, & autres interpretes de la Bible, *ibid.*
Forme de paſſer les contrats à Athènes, 35
Ou publioit à Rome les contrats *apud acta*, 37
Les contrats ne faiſoient point foi à Rome, avant qu'ils fuſſent vérifiés par témoins, *ibid.*
Contrats dans leſquels on doute ſi la preuve par témoins eſt admiſible, 89
Si la preuve par témoins eſt abrogée à l'égard de toutes les obligations qui naiſſent d'un contrat, 88
En matiere de contrats, c'eſt l'intention des contractans, qui décide, & non pas ce qui eſt écrit, 229
Différence *inter aleatorios contractus*, & un pacte conditionné, 307
Des contrats ſimulés, 211
Ce que c'eſt qu'un contrat ſimulé, *ibid.*
Contrat ſimulé & imaginaire, *idem*, 228
Ce que c'eſt qu'un contrat ſimulé, ſuivant le ſentiment d'Alvarus Valaſcus, 257
Régles, en matiere des contrats ſimulés, pour admettre ou refuſer la preuve par témoins, 238
Six choſes principales à examiner pour découvrir ſi un contrat eſt ſimulé ou non, *ibid.*
La ſimulation ſe peut prouver par conjectures, ſuivant l'opinion de M. d'Argentré, *ibid.*
Combien il faut de préſomptions pour accorder la preuve par témoins contre un contrat ſimulé, *ibid.* & ſuiv.
Le nombre & la liaiſon des préſomptions eſt d'un grand poids pour déterminer le juge, *ibid.*
Auteurs qui rapportent des arrêts qui ont caſſé des contrats ſimulés, 247
L'ordonnance de Moulins n'a lieu dans les contrats ſimulés, 214
Preuve par témoins, qu'un contrat eſt ſimulé n'eſt point reçue à Naples, 256
Cette preuve eſt permiſe en Flandres, nonobſtant l'édit perpétuel, 257
Les contrats qui tirent leur origine du droit naturel, quoique nuls en la forme, valent comme écriture privée, 268 & 624
Si cela a lieu dans les contrats de bonne foi, & dans ceux de droit étroit? 213
Des contrats de conſtitution ſuſpects d'uſure, 642
Opinion de Maſcardus au ſujet de la preuve par témoins des conventions qui n'ont point été rédigées par écrit, 258
Du fait de ſimulation allégué contre un contrat, 641
Des contrats de conſtitution, 672
Des contrats ſignés par force & par crainte, 247
Si le notaire a exprimé que le contrat a été paſſé librement, ſans force ni contrainte, la preuve du contraire ne laiſſe pas d'être recevable, 251
Si on allegue la force, la crainte, l'er-

reur, la preuve par témoins eſt reçue, nonobſtant le contrat, 217
L'écriture n'eſt pas de l'eſſence de contrat, 429
Quand le ſens d'un contrat eſt ambigu, ſi la preuve par témoins eſt recevable pour l'éclaircir? 254
Contravention en matiere de police, peut-elle ſe prouve par témoins? 310, *not.*
Contre-lettre. Preuve de la perte d'une contre-lettre d'un contrat de mariage, refuſée, 435
Conventions. Si la preuve par témoins eſt reçue des conventions du mariage? 171
Notamment pour la dot, 172
Diſtinction de Boiceau ſur ce ſujet, *ibid.*
Des conventions verbales ſuivies d'exécution, 741. Eſpece ſur ce ſujet.
Convention verbale dans le cas où la preuve par témoins n'en peut pas être admiſe, n'eſt pas pour cela, abſolument nulle, 70
Erreur dans les Additions à la Pratique de feu M. Lange, au ſujet de la preuve par témoins des conventions matrimoniales, arrêtées ſous ſeing privé, 180
Copie. Il y a deux ſortes de copies; celles qui ont été tirées par une perſonne publique, & celles qui n'ont pas été tirées par une perſonne publique. Il faut encore, à l'égard des premieres, en diſtinguer trois eſpeces, 1° celles qui ont été faites par autorité du juge, partie préſente, ou dûement appellée; 2° celles qui ont été faites ſans autorité du juge, mais en préſence des parties; 3° celles qui ont été faites ſans préſence des parties, & ſans qu'elles y aient été appellées de l'autorité du juge. Quelle foi ſont ces trois ſortes de copies, 431, *not.*
Copies collationnées, 632
Corvées. La preuve de la poſſeſſion du droit de corvées ſe peut-elle faire par témoins? 542, *not.*
Des droits inſolites & corvées, 542
Corvées doivent être établies par un titre, *ibid.*
Créanciers. Créanciers poſtérieurs en date, en vertu d'actes publics, préférés aux créanciers en vertu d'actes privés, 38
Crematiſte. Voyez *Argentarii.*
Crime. Voyez *Peine.*
Curateur. Voyez *Avance.*
Cure. Voyez *Mariage.*
Curialiſca. Ce qu'on appelle à Naples, *inſtrumenta curialiſca*, 203

D

Date. Si la date d'un contrat, qui a été obmiſe, ſe peut prouver par témoins, 284 & ſuiv.
Degrés. Voyez *Nobleſſe.*
Demandeur. Si c'eſt au demandeur ou au défendeur à expliquer le ſens d'une demande faite en juſtice? 254 & ſuiv.
De la preuve par témoins des demandes de pluſieurs ſommes portées dans un ſeul exploit, quand elles excedent cent livres, 413, 563 & 568
De la preuve par témoins, quand la ſomme demandée en juſtice eſt incertaine, 561
Et des reſtrictions de la demande en ce cas, 565
Si la preuve par témoins eſt recevable d'une ſomme au-deſſous de cent livres, quand le titre de la demande excede cent livres, *ibid.*
Démence. Voyez *Teſtament.*
Démence d'un teſtateur ſe peut prouver par témoins, 461 & ſuiv.
Dépôt. La preuve par témoins du dépôt volontaire, prohibée par l'ordonnance de 1667, nonobſtant le ſentiment de M. Cujas, 16
Le dépôt néceſſaire juſtement excepté par la diſpoſition portée par l'ordonnance de 1667: l'ordonnance de Moulins, qui ne l'exceptoit pas, n'étoit pas obſervée, *ibid.*
Dépôt fait dans une hôtellerie eſt un dépôt néceſſaire, *ibid.*
Arrêt de M. Louet, au ſujet d'un dépôt, qui rejette la preuve par témoins, comme faite au préjudice de l'ordonnance de Moulins, 65
Louange des premiers Chrétiens de ne point nier la foi du dépôt, 92
Ce qui changea du tems de Juſtinien qui fit une Conſtitution ſur ce ſujet, 93
Trois eſpeces de dépôt, *ibid.*
Raiſons pour admettre la preuve par témoins à l'égard du dépôt, 95
Diſtinction de Boiceau entre le dépôt volontaire & le dépôt néceſſaire, 96
Raiſons pour excepter le dépôt néceſſaire de la prohibition de l'ordonnance, 97
Arrêt en 1573, qui interpréta l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, au ſujet du dépôt volontaire, 101

Sentiment d'Harménopule ſur le ſujet du dépôt, 101
Arrêt notable, au ſujet d'un dépôt fait entre les mains d'une femme mariée, *ib.*
Si la preuve par témoins eſt reçue contre la teneur de l'acte qui fait mention du dépôt? 103
Si, quand une perſonne a confié un dépôt à quelqu'un pour rendre à un tiers, la preuve par témoins eſt reçue contre la déclaration faite par le dépoſitaire, du nom de celui à qui le dépôt doit être rendu? 104
Ce qu'il faut faire, quand le dépôt appartient à pluſieurs héritiers, *ibid.*
Si le dépoſitaire n'a pas rendu le dépôt à celui à qui il appartenoit, *ibid.*
Du dépôt fait par un voleur entre les mains d'un tiers, de ce qu'il a volé à un autre, 105
Si, quand le dépoſitaire a prêté de l'argent ſur les hardes qui lui ont été dépoſées, la preuve par témoins du prêt eſt recevable? 107
Faveur du dépôt néceſſaire, 108
Avant l'ordonnance de 1667 la preuve par témoins admiſe au ſujet du dépôt fait dans une hôtellerie, 109
La preuve par témoins n'eſt recevable, en ce cas à préſent, que quand le dépôt eſt fait par un voyageur à un hôtellier. Arrêt ſur ce ſujet, *ibid.*
On doit auſſi comprendre ſous le titre de Dépôt la remiſe de piéces faite à un procureur. La preuve par témoins peut-elle être admiſe à ce ſujet? 108, *not.*
Dérogatoire; clauſe abrogée dans les teſtamens par la nouvelle ordonnance, 511, *not.*
Deſtination. De la preuve de la deſtination d'un pere de famille, au ſujet de la réunion des terres en cenſive à ſon fief, 546 & 548
De la preuve des deſtinations du pere de famille, pour les propres fictifs & ſervitudes, *ibid.*
Dette. Si la preuve par témoins eſt permiſe d'une dette créée par ſucceſſion de tems, quand elle excede cent livres, 411
Dictum d'un jugement. Voy. *Breviculum.*
Diſpoſitions. Voyez *Captatoires.*
Diſpoſition verbale, peut-elle être admiſe d'un billet, ou d'une obligation 472, *not.*
Diviſion du Commentaire de Boiceau en deux parties. Dans la premiere, il parle des actes publics; & dans la ſeconde, des écritures privées, 27
Divorce; écriture néceſſaire pour l'acte du divorce chez les Juifs, 33
Dixmes. Voyez *Inféodation.*
Dol. Diſtinction du dol bon, & du dol mauvais, 225 & ſuiv.
Définition du dol mauvais par Gallus Aquilius, 166. Approuvée par Cicéron, *ibid.*
Autre définition par Labéo. *ibid.*
Blâmée par pluſieurs Juriſconſultes, *ibid.*
Autre définition du dol mauvais par Servius Sulpitius, *ibid.*
La définition du dol mauvais défendue par Ulricus Hubérus, *ibid.*
Définition du dol en général, *ibid.*
Quand le dol a donné lieu à un contrat de bonne foi, il eſt nul de droit, *ibid.*
Dol bon, appellé *ſolertia.* Exemple du dol licite, tiré de la loi, 229
Preuve par témoins du dol permis eſt inutile, *ibid.*
Dans le dol permis appellé *reipſa*, la déception ne peut aller que juſqu'au tiers du prix, 231
Qualités que doivent avoir les dépoſitions des témoins en ce cas, *ibid.*
Preuve du dol licite n'eſt pas permiſe, *ibid.*
De l'acte ſigné par dol, par erreur de fait ou de droit, 643.
Domaniale. Actes de juſtice domaniale doivent être rédigés par écrit, 543
Domicile. Voyez *Mariage.*
Si le domicile ſe peut trouver par témoins? 538 & ſuiv.
Donation. Voyez *Inſinuation.*
Donation à cauſe de mort. Voyez *Teſtament.*
Dot. Réponſe aux objections de ceux qui diſent que la preuve par témoins qu'il y a eu une dot promiſe, doit être reçue, 174
Le pere étoit tenu de doter en droit Romain, même la mere en certains cas, 181
Du pere débiteur de ſa fille, qui lui a promis une dot, *ibid.*
Un ſimple pacte en droit produiſoit l'action *ex ſtipulatu*, en cas de dot, 182
Si, quand une fille avoit des biens à elle

propres, le pere étoit encore tenu de la doter ? 182
L'aïeul paternel tenu de doter ſa petite-fille en droit, *ibid.*
Pourquoi en France le pere & la mere ſont tenus de doter leurs enfans, *ibid.*
Diſtinction au ſujet de la dot dûe ou promiſe à une fille, & quand la preuve par témoins y eſt reçue, *ibid.*
De la quittance que le mari donnoit de la dot, en droit, *ſpe futu æ numerationis*, 185
De l'exception *de dote cautâ non numerati.* Explication de la novelle 100, *ibid.*
Le mari, à Rome, étoit cenſé avoir fait une donation, à cauſe de mort, à ſa femme de la dot qu'il avoit reconnu avoir reçue, quoiqu'elle ne lui eut pas été payée, *ibid.*
Preuve par témoins recevable en faveur des enfans d'un premier lit, quand le ſecond mari reconnoit avoir reçu une dot exceſſive de leur mere, 186
De la préſomption que le mari a été payé de la dot après les dix ans, 187
De la quittance de la dot par le mari ſous ſeing privé, ou devant notaires, quand la numération n'y eſt pas exprimée, *ibid.*
Sentiment de le Grand ſur la quittance de la dot par le mari, *ibid.*
Si l'héritier du mari peut oppoſer à la femme qui demande ſon douaire, le défaut du payement de ſa dot ? 189
La femme, dans ce cas, peut-elle faire la preuve par témoins ? *ibid. not.*
Si la préſomption du payement de la dot, après les dix ans, a lieu au préjudice des créanciers du mari après ſa mort ? 190
Novelle 160, au ſujet du payement de la dot, *ibid.*
Les créanciers du mari ſont recevables à prouver que la quittance de la dot par le mari ſous ſeing privé, eſt frauduleuſe, *ibid.*
Statut à Naples, qui porte que, *Contrà inſtrumentum dotale, probatio nulla admittitur*, 209
Preuve par témoins qu'un frere a promis de doter ſa ſœur, recevable en Portugal, 210
De la preuve du titre de la dot & autres titres perdus, à Naples, 436
Explication du mot *dotarium ſeu tertiaria*, dans la Coutume de Naples, 208
Douaire. La ſeule célébration du mariage acquiert le douaire à la femme, 193
Droits honorifiques. Si la preuve par témoins eſt reçue des droits honorifiques, à l'égard des ſeigneurs hauts-juſticiers, 552
Droits inſolites. Voyez *Corvées.*
Duels. Edits contre les duels. Celui de 1679 les a enfin abolis, 40

E

Ecclesiastique. L'ordonnance de Moulins & celle de 1667 doivent être obſervées *in foro eccleſiaſtico*, 69
Auguſtinus Beroüs prétend que les ſtatuts, qui défendent la preuve par témoins, au-deſſus de cent livres, n'ont point lieu à l'égard des eccléſiaſtiques, 259
Ecriture. Voyez *Contrat.*
De la foi des écritures privées, dont parle la ſeconde partie de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, 570 & ſuiv.
De l'écriture qui n'eſt point ſouſcrite par celui qui l'a faite, 678
Des matieres dont on s'eſt ſervi pour écrire, 715
De la preuve par comparaiſons d'écritures. Voyez *Comparaiſon.*
Des écritures privées non ſignées, 718
De la preuve des choſes qui viennent en exécution d'une écriture privée, 738
Ecrivain. Du rapport des maîtres écrivains, pour vérifier une écriture, 628
Edit. L'article 19 de l'édit perpétuel des archiducs, tiré de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, 71
Nulle fin de non recevoir contre la diſpoſition de l'article 19 de l'édit perpétuel, *ibid.*
Article 20 de l'édit perpétuel, 766
Effets qui ne peuvent être produits que par une ſeule cauſe, forment des indices indubitables, 809

Egalité. Egalité de biens. Voyez *Mariage.*
Emphytéotique. Voyez *Bail.*
Enfans. Enfans de famille. Voyez *Mariage.*
Enonciation; fait-elle une preuve en général? 46 & 47, *not.*
Si l'énonciation dans un acte nul fait quelque preuve? Exemple au sujet d'un inventaire des biens après le décès de l'un des conjoints, lequel étoit nul, 271
Enquête. Si un fait énoncé dans une enquête nulle, est un commencement de preuve par écrit? *ibid.*
De la déposition des témoins dans une enquête nulle, 624
Epreuve. Epreuve des eaux ameres, 32
Erreur. De celui qui a payé à un autre par erreur, 302
Erreur de fait & de droit. Voyez *Dol.*
Erreur. Voyez *Volonté.*
De l'ignorance & erreur de droit, 218
L'erreur de droit se pardonne aux mineurs &c. & aux femmes, 254 & 255
L'erreur est le plus grand vice des conventions, 252
Des promesses souscrites par erreur, 633, & suiv.
Quand ce n'est pas l'ignorance de fait seul qui a donné lieu au contrat, la preuve n'est pas admissible, 253
Ou si l'erreur n'est pas de conséquence, *ibid.*
Explication de la régle *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est,* 395
Echevins. Echevins de Poitiers nobles, 529
Etat. Si celui qui a perdu les titres qui justifient son état, en peut souffrir du préjudice? 430
Preuve de l'état des personnes, 619
Etat. Voyez *Titres.*
Etrangers. Si l'ordonnance de Moulins doit être observée entre étrangers? 69
Distinctions & Arrêts sur cette question, *ibid.*
Exception. Si le juge peut suppléer l'exception qui résulte de la prohibition de l'ordonnance de Moulins & de 1667, que la partie a omise d'alléguer? 69
Exceptores. Voyez *Actuarii.*
Experts. Leur déposition ne peut jamais former qu'un indice; 649
Experts qui affirment qu'une écriture est de la main d'un tel, ou d'un tel, sont des faux témoins, 811
Ils ne peuvent parler d'autre chose que de la simple ressemblance ou différence des lettres, *ibid.*
Exploratio. Ce qu'on appelloit *exploratio* chez les Juifs, 32
Extrait baptistaire. Voyez *Naissance.*

F.

Faits. Faits & articles. Voyez *Affirmation.*
Fait. Voyez *Voie de fait.*
Distinction de trois sortes de faits en notoires ou évidens, incertains & impertinens, 11
Trois sortes de faits notoires, *facti, juris & præsumptionis,* *ibid.*
Autre distinction de deux sortes de faits; ceux que l'on conçoit par les sens, & ceux dont la notion se forme par l'entendement; les premiers se prouvent par témoins, jamais les seconds, 811
De la multiplicité des faits qu'il étoit permis d'articuler avant l'ordonnance de Moulins, 25
L'ordonnance de Moulins & celle de 1667 ne défendent que la preuve des conventions, & non pas celle des faits, 66
Sentiment de M. d'Argentré, & de Boiceau sur la maniere d'articuler les faits contre la teneur des actes, & le danger qu'il y a de contrevenir à l'ordonnance en s'en servant, 67
Distinction du fait propre & du fait étranger, 252
Fallacia. Voyez *Calliditas.*
Faux témoin puni de la peine du talion chez les Juifs, 33
Punition des faux témoins suivant la loi des douze Tables, 35
Différence entre ces trois mots, *faux, simulé* & *frauduleux*, 252
En matiere de faux, les experts nommés font l'office de juges & de témoins tout ensemble, *ibid.*
Ce qu'on entend par acte faux, *ibid.*
Si ce qui est énoncé dans un acte déclaré faux, fait quelque preuve? 272

Fiançailles. La preuve s'en peût-elle faire par témoins ? 131, *not.*
Fief. De la preuve qu'un héritage eſt un fief ou une roture, 521 & ſuiv.
Ancienne marque du fief, *ibid.*
Fiefs n'ennobliſſent point en France, *ibid.*
De la preuve de l'inveſtiture d'un fief, *ibid.*
Si la poſſeſſion d'un fief de dignité ennoblit ? 559
Flandres. Si en Flandres on peut demander la preuve par témoins d'une partie d'une ſomme qui excede trois cens florins, 420. Et notre uſage ſur cette difficulté.
Foires. Des marchés faits durant les foires, 273
Droit d'établir des foires, eſt un droit royal, *ibid.*
Expédient pratiqué dans les marchés faits durant les foires, 277
De l'origine des foires, 281. Et leurs priviléges, 282
Si un ſeigneur qui n'a point les letrres patentes de l'établiſſement d'une foire dans ſon fief, peut prouver ſa poſſeſſion par témoins ? 283
Fidéicommis. Voyez *Mandat.*
De la preuve d'un *Fideicommis*, 511
Fœneratores. Voyez *Argentarii.*
Force. Ce que doit prouver celûi qui articule qu'il a ſigné un contrat par crainte ou par force, 183 & 184
L'autorité d'une perſonne n'eſt pas un moyen ſuffiſant pour induire que le contrat a été ſigné par force, 247 & ſuiv.
Des faits de force & de violence, *ibid.*
La crainte & la force ne detruiſent pas la ſubſtance de l'acte, 247, *not.*
Si la crainte & la force peuvent faire annuller le contrat ? 248
Quelle eſpece de crainte ? *ibid.*
Il faut que les faits ſoient bien articulés préciſément, *ibid.* Voyez *Témoins.*
La force doit être une force injuſte, 249, *not.*
Forme. Voyez *Acte.*
Franc-aleu, 54
Fraude. Voyez *Contrats.*
La fraude ſe peut commettre en pluſieurs manieres, ſelon Brunemans *ad Authent.*, 213
Explication de trois ſortes de fraudes, *de re ad rem*, *de perſonâ ad perſonam*, *de contractu ad contractum*, *ibid.*
Le moindre commencement de preuve par écrit ſuffit lorſqu'on attaque un acte comme frauduleux, 589
Cependant il eſt à craindre que l'allégation de fraude ne ſoit un moyen imaginé pour contrevenir à l'ordonnance, 244, *note.*

G

Gage. Réglement pour ceux qui prêtent ſur gage, 107
Quid ? ſi le créancier a rendu au débiteur l'acte par lequel il lui a dépoſé un gage, 389
Gageures. Des gageures, & ſi elles étoient licites à Rome ? 303 & ſuiv.
Quand les gageures étoient obligatoires à Rome, *ibid.*
Gageure de Marc-Antoine & de Cléopatre. Celle d'Aſclépiades médecin, *ibid.*
Si l'incertitude de l'événement eſt une cauſe ſuffiſante pour rendre les gageures obligatoires ? *ibid.*
Gageure pour cauſe illicite n'eſt point obligatoire, *ibid.*
Gageure ſur certaines choſes défendues dans les pays étrangers, *ibid.*
Arrêts qui ont confirmé les gageures, *ibid.*
Premiere queſtion : Quand le prix ou les conditions de la gageure ſe peuvent prouver par témoins ? *ibid.*
Seconde queſtion : Si, quand celui entre les mains duquel le prix de la gageure a été dépoſé, le dénie, la preuve eſt recevable par témoins ? *ibid.*
Gardes des ſceaux aux contrats, créés en 1568, 47
Gradués. Du privilége des gradués nobles 557
Grecs. Preuve par témoins en matiere civile & criminelle reçue chez les Grecs, 34
Greffes. Charles VIII ſépara les greffes des notariats, 46
Greffiers. Les clercs des juges ſervoient de Greffiers & de notaires autrefois en France, *ibid.*
Groſſe. Remiſe de la groſſe entre les mains du débiteur n'entraîne aucune preſomption de payement, 386, *not.*

H

Hainault. Si l'article 19 de l'édit perpétuel eſt obſervé en Hainault, 71
Holographum, 599
Hôtellerie. Voyez *Vol* & *Dépôt*.
Explication des loix qui concernent les hôteliers, & autres perſonnes qui ſe chargeoient des hardes des particuliers à Rome, 110, & ſuiv.
Il ſuffit que les hardes ou marchandiſes ayent été apportées dans l'hôtellerie pour en rendre l'hôte reſponſable, *ibid.*
Si le vol a été commis dans une hôtellerie par un voyageur, l'hôte ne laiſſe d'être reſponſable, *ibid.*
Si l'hôtellier a ſerré les hardes du voyageur, il eſt reſponſable, *ibid.*
Si l'hôte a averti le voyageur de ſe tenir ſur ſes gardes, & n'a point voulu ſe charger de ſes hardes? *ibid.*
Exception dans un cas particulier, *ibid.*
Il eſt défendu en Flandres de tenir des hôtelleries dans des lieux écartés, *ibid.*

I

Identatæ chartæ & *Identuræ*, 44
Idonei. Voyez *Témoins*.
Ignorance. Ignorance de droit. Voyez *Erreur de droit*.
De l'ignorance de fait ou de droit qui ont donné lieu au contrat, 252 & ſuiv.
L'ignorance du fait de ſon aſſocié, de ſon cohéritier, ou co-obligé, n'eſt point préſumée, *ibid.*
De l'ignorance de droit, *ibid.*
Diſtinction entre l'ignorance du fait propre & du fait étranger : celle du propre fait n'excuſe pas, *ibid.*
On n'eſt pas non plus excuſé, quand l'erreur de fait n'eſt pas la cauſe unique qui a donné lieu à la convention, 253
Non plus ſi le fait qu'on a ignoré n'eſt pas de conſéquence, *ibid.*
Qui doit faire la preuve en cette occaſion du défendeur ou du demandeur? 254
Jeu. A quel jeu il étoit permis à Rome de jouer de l'argent, 303
Néceſſité & utilité du jeu, 313 & ſuiv.
Jeux de hazard défendus par les ordonnances, *ibid.*
Celui qui avoit perdu ſon argent à un jeu de hazard, avoit action utile pour le répéter à Rome, *ibid.*
De la loi *Titia & Publicia*, & de la loi *Cornelia*, *Sumptuaria*, *ibid.*
Jeux de hazard défendus aux eccléſiaſtiques par la Novelle, *ibid.*
Si celui qui a gagné de l'argent à un jeu de hazard, eſt obligé à reſtitution? *ibid.*
Sentiment de Péréſius ſur ce ſujet, *ibid.*
Trois ſortes de jeux diſtingués par Guymier. Et les cas auxquels on eſt obligé de reſtituer l'argent gagné au jeu, *ibid.*
Si celui qui a prêté de l'argent à un autre pour jouer, peut le répéter? *ibid.*
Ordonnances qui ont défendu les jeux de hazard; celle de Moulins, art. 59; celle de 1629, *ibid.*
Si ſous prétexte de jeu on a volé l'argent d'une perſonne, la preuve par témoins eſt recevable? 321
Mineurs reſtituables contre les obligations qu'ils ont paſſées pour cauſe de jeu, *ibid.*
Si les majeurs ſont auſſi reſtituables? *ibid.*
Comment & par quels témoins la fraude ſe prouve en ce cas? *ibid.*
Quid? quand il n'y a ni promeſſe ni obligation, *ibid.*
Autres queſtions ſur le jeu, *ibid.* & ſuiv.
Du jeu de paume, *ibid.*
Imprévus. Voyez *Accidens*.
Impuiſſance. Queſtion au ſujet de l'impuiſſance notoire du mari, 194
Les héritiers du mari peuvent-ils être admis à la preuve de ſon impuiſſance? *ibid.*
Incertain. Voyez *Fait*.
Indice. Voyez *Conjecture*.
Il y a deux ſortes d'indices; les uns qui forment une ſcience; les autres qui ne fondent qu'une opinion; les premiers, ſeuls reçus pour faire preuve en matiere criminelle, 808 & ſuiv.
Définition de l'indice, 236

Inféodations. Preuve par témoins de l'inféodation des dixmes eccléſiaſtiques n'eſt reçue, 435
Inſcriptions. Si les inſcriptions & monumens publics font foi en juſtice ? 549 554, *note.*
Inſcription de faux, quand néceſſaire, 232 & 468
Inſcription de faux n'eſt point néceſſaire contre un acte où le notaire auroit inſéré que le teſtateur étoit ſain & libre d'entendement, quoiqu'on prétende le contraire, 464 & 468
N'eſt néceſſaire, que quand le notaire a prévariqué, 468
Inſinuations. Des inſinuations dont l'origine ne ſe trouve pas, 331 & ſuiv.
Inſinuations ſont des copies de la claſſe de celles qui ſont tirées par un officier public, 431, *note.*
Premiere eſpece ſur ce ſujet, concernant une donation non inſinuée. *ibid.*
Autre eſpece d'une donation, dont on ne rapportoit point la minute originale, ni aucune expédition, mais ſeulement l'inſinuation, *ibid.*
De l'inſinuation imparfaite d'une donation, *ibid.*
Quand l'original de la donation n'eſt point rapporté, l'inſinuation qui en a été faite, ne ſuffit pas pour la faire préſumer, 351
De l'inſinuation des donations d'une quantité certaine, 405
Interrogatoire. Autrefois les parties & les avocats interrogeoient les témoins en préſence du juge, 21
Interrogatoire des témoins par l'accuſé, permis par le juge en matiere criminelle, *ibid.*
Interrogatoire ſur faits & articles permis en Flandres, nonobſtant l'édit perpétuel, 83
Quel eſt l'effet de l'interrogatoire ſur faits & articles ? *ibid.*
Intervalles lucides ne ſuffiſent pas toujours pour rendre au teſtateur ſa capacité, 470
Inteſtabiles. Voyez *Teſtament.*
Inſtrumenta. Voyez *Acte.*
Inventaire. Inventaire nul. Voyez *Enonciation.*
Inveſtiture. Voyez *Fief.*
Journaux. Maxime, que les regiſtres domeſtiques, ou livres journaux ne font point foi ; & ſes exceptions, 692
Si le livre journal fait foi contre celui qui l'a écrit ? *Quid ?* entre marchands, 693
Exceptions, 694
Si ce qui ſe trouve écrit ſur le regiſtre, ou journal d'un autre, peut faire foi d'une choſe entre tierces perſonnes ? 694
Les livres journaux des pere & mere font foi de la naiſſance & de la mort de leurs enfans, 769
Juge, peut révoquer ſa ſentence, lorſquelle n'eſt qu'interlocutoire, mais non, ſi elle eſt définitive, 68
Jugement. Dans le jugement, quand il s'agit du ſtyle & de la procédure, il faut ſe régler par la Coutume & par les ordonnances du lieu où le procès eſt pendant ; mais, quand il s'agit du fonds & de ce qui eſt déciſif de la conteſtation, on doit ſuivre la Coutume du lieu où l'acte eſt paſſé, 70
Jurer. Forme de faire jurer des témoins par l'accuſé pour ſe purger de l'accuſation, 41
Juſtice domaniale. Voyez *Domaniale.*
Haut-juſticier. Voyez *Droits honorifiques.*
La juſtice ne décide de la vie des hommes, que ſur des preuves certaines 811
Explication de la loi *Labeo*, rapportée par Montérentius, 398

L

Laudatores teſtes, 35
Legs. Explication de la loi *Captatorias*, 501 & *ſuiv.* Du legs qui a été provoqué par les bons offices du légataire. Ce que c'eſt que *blanditiæ doloſæ*, *ibid.*
Legs annuels. Voyez *Bail.*
Des legs annuels, 413
Des legs pieux contenus dans un teſtament nul, 271
Si les legs pieux ſont dûs d'un teſtament nul ? 484
Lettres. Voyez *Meſſagers.*
Lettres de change doivent être acceptées par écrit & non verbalement, 710, *note.*
Lettres en ferme dans la Coutume de Hainault, 44

Des lettres miſſives, 600 & ſuiv.
Forme des lettres patentes, 45
Lettres de recommandation, 601 & ſuiv.
Liberation. Pacte de libération tacite; s'il peut être prouvé par témoins? 759
Livres des marchands. Voyez *Marchands*.
Loix. Les loix humaines doivent changer ſuivant la diverſité des tems, 25
Loyers ne peuvent être demandés après les cinq ans de l'expiration du bail, 391, *not.*

M

Mandat. Du mandat, 216
De celui qui a géré les affaires de ſon ami pendant ſon abſence, 367
Si la preuve par témoins du mandat eſt admiſſible? 53
Du pere qui ſoutient avoir eu charge de ſon fils, 366
Le mandat ſe doit prouver par écrit dans les Pays-bas, 369
Idem à Milan, *ibid.*
Explication de la loi *Procula*, dans l'eſpece d'un frere chargé d'un *Fidéicommis* envers ſa ſœur, qui lui avoit payé pluſieurs ſommes ſans lui demander ce *Fidéicommis*, 392
Marchands. Des livres des marchands, 670 & ſuiv.
Trois eſpeces de marchands à Rome, 687
Sentiment de la Gloſe & des docteurs, réfuté par Dumoulin, au ſujet des livres des marchands, 691
Sentiment de Dumoulin ſur la queſtion de ſçavoir ſi les livres des marchands doivent faire foi? *ibid.*
Trois queſtions au ſujet des livres des marchands: la premiere, ſi ces livres font foi en faveur du marchand qui les a écrits; la ſeconde, ſi ces livres font foi contre lui; la troiſieme, s'ils font foi à l'égard des tierces perſonnes? 692
Si les livres des marchands font foi en leur faveur, 696. Sentiment de Me Charles Dumoulin, expliqué. Diſpoſition des Coutumes ſur ce ſujet, 697
Article 126 de la Coutume de Paris, expliqué, *ibid.*
Sentiment de Dumoulin au ſujet de la preſcription de ſix mois contre les marchands; & de Charondas ſur l'article 126 de la Coutume de Paris, 698
Article 67 de l'ordonnance de 1512, n'admet point pour preuve les livres des marchands, 699
Sentiment de Brodeau ſur l'article 126 de la Coutume de Paris, touchant les livres des marchands, 700
Article 9 de l'édit de 1673, pour le commerce; en quel cas ordonne la repréſentation d'un regiſtre, *ibid.*
Entre marchands aſſociés, les livres qu'ils tiennent, font foi, *ibid.*
Après l'année, ou les ſix mois de la Coutume écoulés, il faut néceſſairement une preuve par écrit au marchand. De l'interpellation judiciaire requiſe en ce cas; & ſi elle peut paſſer pour un commencement de preuve par écrit? *Quid?* quand il s'agit de moins de cent livres, 701
Objections, & réponſes aux objections de ceux qui ſoutiennent que les livres des marchands doivent faire foi indéfiniment en toutes ſortes d'occaſions, & contre toutes ſortes de perſonnes, 702
Sentimens de Balde, de Jaſon, d'Alexandre, &c. ſur la foi que doivent faire les livres des marchands, *ibid.*
Uſage d'Allemagne, des Etats du pape, de Veniſe & de Florence, où les livres d'artiſans font foi, *ibid.*
Sentiment d'Everhard ſur la foi qu'on doit ajoûter aux livres des marchands jurés; différence qu'il rapporte entre le marchand & le notaire, 703
Raiſon de Maſcardus pour juſtifier que les livres des marchands doivent faire foi, réfutée, 704
Concluſion de la queſtion touchant la foi que doivent faire les livres des marchands, *ibid.*
Si le débiteur prend avantage du livre du marchand, ce livre fait foi contre lui. Article dernier du titre 3 de l'ordonnance de 1673, expliqué, 706
De quelle maniere la cour ordonne la communication du regiſtre, en ce cas. On ne peut en diviſer la foi, *ibid.*
Conditions requiſes dans les livres des marchands par les docteurs, 707
Des livres des marchands aſſociés, 709

S'il eſt queſtion d'une convention, & non de la livraiſon de marchandiſes, les livres des marchands ne font point foi, *ibid.*
Si les livres des marchands font foi en Flandres, 710. Exception pour les marchands d'Anvers.
Papier brouillard, *bilancium.* Lettre des marchands à leurs correſpondans, 712
Sentimens d'Antonius Matthæus ſur la foi que font les livres des marchands dans les Pays-bas, *ibid.* Il parle des argentiers, des livres des aſſociés, *ibid.*
Si le fait articulé par un marchand qu'il n'a livré ſa marchandiſe qu'à condition d'être payé, ſe peut prouver par témoins, 724
Marchés. Voyez *Foire.*
Du marché ſous ſeing privé &, ſans date, entre marchands : Sçavoir ſi la preuve par témoins en eſt reçue pour juſtifier qu'il eſt paſſé durant la foire, 283
Mariage. Diſpenſe de ſe marier. *Voyez* Bans.
Mariages faits entre payſans, ſans acte par écrit, 120
Si la preuve par témoins eſt reçue d'une promeſſe de mariage, *ibid.*
Promeſſe de mariage ſous ſignature privée, eſt nulle, s'il n'y en a pas un double, 131, *note.*
La preuve par témoins peut-elle être admiſe des promeſſes de mariages eccléſiaſtiques, *ibid.*
Diſtinction du mariage fait publiquement, ou clandeſtinement, 122
Trois manieres de contracter un mariage, diſtinguées par Boiceau, *ibid.*
Raiſons de Boiceau pour prouver que le mariage étant d'inſtitution divine, il ne doit pas être ſoumis à l'ordonnance de Moulins, 123
Tout jugement rendu contre le fait d'un mariage, ne paſſe jamais en force de choſe jugée, 125
Eſpece particuliere ſur ce ſujet, *ibid.*
Maximes de Boiceau, touchant la preuve des mariages, ont changé, 130
Article 7 de l'ordonnance de 1639, défend de recevoir la preuve par témoins des promeſſes de mariages, &c. *ibid.*
Mariage contracté en préſence du propre curé, ne ſe peut prouver que par écrit, 131
Réponſe à ce que dit Boiceau, que, le mariage étant d'inſtitution divine, il ne doit pas être ſoumis aux loix humaines, 133 & ſuiv.
Même dans le cas du mariage ſolemnel, l'ordonnance veut un acte de célébration pour en prouver la vérité, *ibid.*
Comment la juriſdiction eccléſiaſtique connoît des cauſes de mariage, concurremment avec la juriſdiction laïque, *ibid.*
De tout tems les princes ont connu des cauſes de mariage ; & pourquoi, *ibid.*
Exception d'un cas où la preuve par témoins eſt recevable d'un mariage. Eſpece particuliere, *ibid.*
Différentes opinions dans l'école, pour ſçavoir ſi les parties contractantes ſont les miniſtres du ſacrement, ou ſi c'eſt le curé, *ibid.*
Le curé témoin néceſſaire du mariage, *ibid.*
Les termes dont ſe ſervent les parties pour exprimer leur conſentement au mariage, ſont arbitraires, *ibid.*
L'acte de célébration du mariage n'eſt néceſſaire que pour la preuve du mariage, *ibid.*
Promeſſes de mariage par paroles de futur, ne ſe peuvent prouver par témoins, *ibid.*
Défenſes aux notaires de recevoir des promeſſes de mariage par paroles de préſent, *ibid.*
Ce qui peut ſervir de commencement de preuve par écrit d'un mariage, quand l'acte de célébration n'eſt point rapporté, *ibid.*
Diſtinction ſur ce ſujet, *ibid.*
Quelle preuve eſt requiſe, quand l'un des prétendus conjoints ſoutient qu'il n'y a point eu de mariage, *ibid.*
Si la preuve par témoins, du conſentement du pere au mariage de ſon fils mineur, eſt recevable, *ibid.*
Avis aux curés pour empêcher la ſuppoſition qu'on peut leur faire des parens des perſonnes qui ſe marient, *ibid.*
Preuve par témoins du domicile de ceux qui contractent mariage eſt admiſſible, *ibid.*
Preuve par témoins des promeſſes de mariage, reçue en Flandres, *ibid.*
Juriſprudence différente des Pays-bas de celle de France, au ſujet des mariages des fils de famille, contractés ſans le conſentement de leur pere, *ibid.*

En Artois il faut une preuve par écrit des promeſſes de mariage, 133 & ſuiv.
Du mariage clandeſtin, 152
Trois ſortes de mariages clandeſtins, *ibid.*
Egalité de biens & de conditions dans les mariages, *ibid.* & ſuiv.
Autre eſpece d'un mariage clandeſtin, *ibid.*
Le mariage défendu entre le raviſſeur & la perſonne ravie, 162
Si la preuve du mariage eſt admiſe quand la bénédiction nuptiale n'a point été donnée par le propre curé, 163
Procureurs du roi autoriſés à faire réhabiliter le mariage, lorſque les parties ſe ſont mariées devant un autre que leur propre curé, 197, *note.*
Mariages préſumés ne ſont plus reçus en France, *ibid.*
Arrêt notable du parlement de Paris, au ſujet d'un mariage clandeſtin, 159
Du mariage tenu ſecret pendant la vie des contractans, 164
De la preuve du mariage fait *in extremis*, *ibid.*
Citation devant l'official, *ſuper fœdere matrimonii conſummati*, abuſive, *ibid.*
De quelle qualité doit être la preuve par témoins d'un mariage, quand elle eſt admiſſible, 167
Des marques de la clandiſtinité des mariages, *ibid.*
Combien il faut de témoins quand l'acte de célébration de mariage ne paroît pas, 168
Pourquoi il faut quatre témoins en ce cas, *ibid.*
Cas auquel la dépoſition d'un ſeul témoin ſuffit pour la preuve d'un mariage, 170
Du mariage nul par défaut de puberté, 196
Le juge ne peut prononcer la caſſation du mariage, que ſur le rapport de preuves claires, 196, *not.*
Preuve par témoins reçue d'un mariage contracté par crainte ou par force, 197
De celui qui a rédigé la Coutume de Naples, & de celui qui l'a commentée : elle contient pluſieurs diſpoſitions concernant la preuve par témoins, au ſujet des mariages, 207
Les mariages ſe contractent à Naples en deux manieres, 209
Si ce qui ſe trouve écrit par les pere & mere ſur leur regiſtre, touchant la naiſſance, la mort, ou le mariage de leurs enfans, fait foi, 720
Regiſtres de la naiſſance & des mariages en uſage à Rome, 769
Toute autre preuve permiſe à Rome, en ce cas, *ibid.*
Médecins. Des ſalaires des médecins, apothicaires, chirurgiens, 675, 714
Mémoires. Des mémoires, tablettes, bordereaux, papiers journaux ou domeſtiques, 677
Menaces & mauvais traitemens. *Voyez* Ami.
Si le mari par menaces a obligé ſa femme de teſter à ſon profit, 506
Menſarii. Quinque viri & triumviri menſarii. Voyez *Argentarii.*
Qui étoient ceux qui étoient appellés *menſarii*, 685
Méreaux, 727, 732
Meſſagers. Des meſſagers & maîtres des coches par eau & par terre, 117
Milan. A Milan la preuve par cinq ou par trois témoins, eſt reçue contre les actes par écrit, 85
A Milan la preuve par deux témoins qu'un contrat eſt ſimulé, eſt reçue, 257
Statut de Milan concernant les livres des marchands, 713
De la preuve mixte à Milan & en Portugal, 592
Mineur. Si celui qui a prêté à un mineur, ſans l'autorité de ſon tuteur, peut prouver par témoins que le mineur a fait un emploi utile de ſon argent, 625
Des mineurs qui empruntent, en ſuppoſant un faux extrait baptiſtére, 777
Monumens. Voyez *Inſcriptions.*
Mot du guet. *Voyez* Teſſera.
Mort. Preuve de la mort, 769, 776
Moulins. Ordonnance de Moulins; avec quelle faveur elle a été reçue par les parlemens, 24
Conformité entre l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, & le titre 20 de l'ordonnance de 1667, 13
Différences entre l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, & les diſpoſitions du titre 20 de l'ordonnance de 1667, 14, 15
Même queſtion que celle de Boiceau, touchant la faveur de l'ordonnance de Moulins agitée par Vrevin ſur le même

article 54 de cette ordonnance, 29
Le parlement de Toulouſe a appoſé pluſieurs reſtrictions à l'ordonnance de Moulins, au ſujet des teſtamens, 50
Diviſion de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins en deux parties, 60
Queſtion pour ſçavoir de quel jour l'article 54 de l'ordonnance de Moulins a dû être obſervé, *ibid.*
L'ordonnance de Moulins parut d'abord dure, odieuſe, & contraire au droit civil; & pourquoi? 12
Explication de ces mots de l'ordonnance de Moulins: *De toutes choſes*, 87
L'ordonnance de Moulins ſemble faire une prohibition générale, 211
Obſervation générale ſur l'article 55 de l'ordonnance de Moulins, 767
Muets peuvent ſe marier, 142

N

NAISSANCE. Preuve de la naiſſance, 769
Nautæ. Seconde partie de l'édit du préteur au titre *Nautæ, Caupones, Stabularii*, rétablie par Equinarius Baro, 109 *& ſuiv.*
Maximes ſuivant nos mœurs, touchant ces ſortes de gens, *ibid.*
Négative. Trois ſortes de négatives de fait, de droit, de qualité, 12
Comment on peut prouver une négative de fait, *ibid.*
Négative de droit ſe peut prouver, *ibid.*
La loi Salique n'damettoit pas l'uſage des preuves négatives, 12, *note.*
Au contraire, celle des Francs-Ripuaires les admettoit, *ibid.*
Exemple de Frédegonde, 41
Nobleſſe. Voyez *Annobliſſement.*
La nobleſſe ne ſe peut acquérir par preſcription, 558. *note.*
La preuve de la nobleſſe d'extraction, différente de celle de conceſſion, *ibid.*
De la preuve de la nobleſſe de race, & de l'ennobliſſement, 525, 556, & ſuiv.
Origine de la nobleſſe, *ibid.*
Preuve par écrit de la nobleſſe de race, eſt requiſe pour l'obtention des degrés, *ibid.*
Nobleſſe acquiſe, ou ennobliſſement, ſe doit prouver par écrit, 525, 556, &c.
De la preuve de la qualité des biens nobles ou roturiers, 541
De la preuve de la qualité de Noble, 555 & ſuiv.
Notaire. Voyez *Tabellion.*
Difficulté de connoître ſi on doit ajoûter foi à un acte ſigné d'un ſeul notaire, dont on ne connoît pas la ſignature ou le ſceau qui y eſt appoſé, 20
Quels notaires étoient tenus à Rome d'avoir des regiſtres, 37
De l'acte paſſé par un notaire hors ſon territoire; s'il eſt obligatoire, quand il y a eu de l'argent reçu? 621, 624
Quelle eſt la fonction des notaires, 46, *not.*
Ce qu'il faut pour que leurs actes ſoient authentiques, *ibid.*
Priviléges des notaires de Paris, Orléans & Montpellier, *ibid.* Ils peuvent recevoir des actes d'autres perſonnes que des juſticiables de leurs juriſdictions, *ibid.*
Effets de l'acte paſſé devant notaires dans la forme preſcrite, *ibid.*
Notariats. Voyez *Greffe.*
Notitiæ publicæ, actes publics. *Notitiæ privatæ*, actes privés, 42
Notitiæ privatæ, introduites à l'occaſion des donations, 45
Ce qui s'appelloit à Rome *ſcheda nota, prima exceptio, informis præſcriptio*, chez les notaires, 37
Notoire. Trois eſpeces de choſes notoires, 234
On ne doit pas entendre par *notoriété* le bruit public, *ibid.*
Quand l'inſtruction judiciaire eſt requiſe ès faits notoires, 11
Si la preuve eſt néceſſaire, quand la choſe eſt notoire? 234
Novation. De la preuve de novation, 378 & 761
Nullité. Des contrats nuls en la forme 260. S'il y a une numération du prix exprimée? Eſpece ſur ce ſujet, 260 & ſuiv.
Autre eſpece au ſujet d'un teſtament nul, *ibid.*
Maximes de Dumoulin ſur la nullité des ſtipulations, 267
Diſtinction au ſujet de ces maximes, *ibid.*
Numération. Diſtinction entre le fait de la numération & le fait de la conven-

tion, confirmée par le ſentiment de M. d'Argentre, 269
De la numération des deniers, 640
De la numération ſimulée, 548
De l'exception *pecuniæ non numeratæ*, 651, & *ſuiv.* Différentes diſpoſitions des Coutumes au ſujet de cette exception, 651 & ſuiv.
De la numération réelle, & de la reconnoiſſance par le débiteur, qu'il a reçu l'argent du créancier, 656 & ſuiv. & 63
Nummularii. Qui étoient ceux appellés à Rome *nummularii*, 685 & 691

O

OBLIGATIONS, Voyez *Contrat.*
Obligation entre les mains du débiteur doit-elle faire préſumer la remiſe de la dette? 384 & ſuiv.
Que faut-il penſer, ſi elle ſe trouve entre les mains d'un domeſtique? 385, *not.*
Quid? ſi l'obligation ſe trouve rayée entre les mains du créancier, 388
Quid? entre les mains d'un tiers, 389
Diſpoſition verbale, peut-elle être admiſe d'une obligation ou d'un billet, 472, *not.*
Litterarum ſeu nominum obligatio, 687
Des obligations paſſées au profit d'un abſent, 625
Des obligations qui ne ſont point rédigées par écrit, 721
Si un créancier par obligation eſt préférable à un marchand qui a livré ſa marchandiſe ſur la foi d'une *taille*, & qui n'en a point d'autre preuve? 727
Ordonnance. L'ordonnance de 1667 doit être obſervée préférablement à celle de Moulins, en ce qu'elle y a ajoûté, 17
L'article 55 de l'ordonnance de Moulins, & les articles 7 & 15 de l'ordonnance de 1667, 765
Pour qu'une ordonnance oblige, il n'eſt pas néceſſaire qu'il ſe ſoit écoulé deux mois, depuis le jour qu'elle a été reçue ſuivant la diſpoſition de la Novelle, 62 & 66
Point de fin de non recevoir contre l'ordonnance, 86
Offres. Des offres, 294
Opiſtographum, 597
Ordres. Réception aux ordres ſacrés ſe doit prouver par écrit, 437
Oſtraciſme. De l'oſtraciſme, 677

P

PACTES. Diſpute pour ſçavoir ſi les pactes convenus entre les parties, à l'inſtant du contrat, en font partie, terminée par l'ordonnance de Moulins, 212
Trois exceptions à l'égard des pactes non inſérés dans le contrat. 213
Exemple du pacte conditionnel, tiré de la loi, 305
Des pactes tacites, 369
Des autres pactes tacites dont il eſt fait mention en droit, 381
Du pacte nud ou ſimple, 611; & de la promeſſe non cauſée, 612
Pairs. Les pairs des fiefs étoient anciennement obligés d'aſſiſter à l'inveſtiture, comme les pairs de France ſont encore tenus d'aſſiſter au ſacre & couronnement de nos rois, 544
Papier. Le papier & le parchemin ſouffrent tout, 24
Parchemin & papier d'Egypte, & leur origine, 715
Parent. La qualité de proche parent, qui rend une perſonne habile à ſuccéder, ſe peut quelquefois prouver par témoins, 105
Parties. Différence entre ceux qui ſont parties dans l'acte, & ceux qui n'y ſont pas parties, 246
Patronage. De la preuve par témoins du droit de patronage, 552
Payement. Si on peut alléguer pluſieurs payemens au-deſſous de cent livres, & en faire la preuve par témoins, depuis l'ordonnance de 1667? 14
Si Titius, qui a vendu argent comptant, nie qu'il ait été payé, & revendique ſa choſe, quand il n'y a point eu d'acte par écrit? 279
De la préſomption du payement, quand l'acte ſe trouve rayé & cancellé, 271
Du créancier qui a rendu à ſon débiteur ſon obligation, 270
Diſtinction ſur ce ſujet, *ibid.*
Si le débiteur a la minute originale de ſon obligation entre ſes mains, 377
Sentiment de Corſérius ſur la loi *Labeo*, quand l'obligation ſe trouve entre les mains du débiteur, 384
Diſtinction entre la premiere & la ſeconde groſſe, *ibid.*
Du créancier qui, en mourant, a rendu au débiteur ſon obligation, 387

Quand le titree de la dette ſe trouve rayé entre les mains du créancier ou du débiteur, 388
Préſomption de payement des arrérages des rentes conſtituées après cinq ans, 390. *Idem* des autres rentes.
De deux perſonnes qui ont des comptes à faire enſemble, & qui ſe font pluſieurs payemens, 394
Preuve du payement par témoins n'eſt pas reçue à Bologne en Italie, 397
Uſage d'Aragon ſur la preuve par témoins des payemens, 763
Uſage des Pays-bas ſur la preuve du payement, 764
Statut 95 de Milan ſur la preuve par témoins du payement d'une obligation, 399. *Quid?* à l'égard de la dot, *ibid.*
Statut de Bologne ſur la preuve des payemens, 761
Peines. On augmente les peines, quand les crimes deviennent plus fréquens, 26
Perte de titres. Des titres perdus & conſommés par le tems, 421 & *ſuiv.*
Maniere dont on prouve la perte d'un titre, *ibid.*
Edit de 1580 ſur la perte des titres du clergé, 432
Ancien uſage de France ſur la perte des titres, 433
La loi *Sicut iniquum eſt*, étendue à tous les cas fortuits, pour la perte des titres, *ibid.*
Si la perte d'un titre ſe peut prouver par témoins en Flandres? 436. *Quid?* à Milan.
De la perte du titre de conſtitution de dot à Naples, 334; & du contrat de mariage, *ibid.*
Poſſeſſion. La poſſeſſion injuſte ſe prouve par témoins, 410
La preuve de la poſſeſſion du droit de bannalité, ou de corvées, ſe peut-elle faire par témoins? 542. *not.*
Pot-de-vin. L'acquéreur, qui prétend contre le retrayant qu'il y a eu un pot-de-vin, peut-il le prouver par témoins? 350, *not.*
Preſcription. La preſcription ſe peut prouver par témoins, 407
Les biens ſe peuvent acquérir ſans acte par écrit, comme par preſcription, 518
Préſidiaux. On peut, en tout état de cauſe, reſteindre ſa demande devant les préſidiaux; au lieu qu'on ne peut pas reſtreindre la demande une fois formée, au-deſſus de cent livres, dans le cas de la prohibition de l'ordonnance. Raiſon de cette différence, 416, *not.*
Préſomptions. Définition de la préſomption, 6, *not.*
La préſomption diffère de la preuve proprement dite, *ibid.*
Elle eſt plus ou moins forte, ſuivant que ce qu'on préſume eſt une ſuite plus ou moins néceſſaire de ce qu'on voit, *ibid.*
Les préſomptions *juris & de jure* ont quelque choſe de plus que la preuve littérale, & même que la confeſſion; elles ne peuvent jamais être détruites, *ibid.*
Les préſomptions de droit font la même foi qu'une preuve, & n'excluent pas la preuve du contraire, *ibid.*
Les préſomptions ſimples ne forment pas ſeules, & par elles-mêmes, une preuve; elles ſervent ſeulement à confirmer, & à completter la preuve, *ibid.*
Quelquefois pourtant le concours de pluſieurs réunies équipolle à une preuve, *ibid.*
Prudence avec laquelle les juges doivent ſe comporter vis-à-vis des préſomptions, 9, *not.*
S. Louis, dans ſon ordonnance, défend d'y avoir égard, *ibid.*
Différence des préſomptions de droit, & autoriſées par le droit; & des ſimples préſomptions, 8
Exemple de ces deux eſpeces de préſomptions, tiré du droit, *ibid.*
Autre exemple tiré de l'ordonnance de 1556, 9
Définition de la préſomption *juris & de jure*, tirée d'Alciat. Exemple dans le cas de la dot, 235
Définition de la ſimple préſomption de droit, *ibid.*
Diviſion de la ſimple préſomption de droit en indices, conjectures, ſignes, ſuſpicion, adminicule, 236
Des préſomptions de l'homme, 238
Préſomptions fondées ſur la nature, ſur l'autorité de la loi, ſur l'honnêteté publique, 237
Des préſomptions legeres, 238
Les préſomptions tenant lieu de témoins, doivent avoir les mêmes qualités que les dépoſitions des témoins, pour faire foi, 243
La préſomption eſt toujours pour la vérité de l'acte, 244

Preſtation. De la preſtation annuelle pendant dix ans, 407
Si la preſtation annuelle d'une rente, durant dix ans, ſuffit pour obliger celui qui l'a payée, à la continuer à l'avenir? 416
Si la preuve par témoins d'une preſtation annuelle, durant dix ans, eſt admiſſible? 419
Pendant trente ans vaut titre, *ibid.*
Il faut que le titre de la preſtation ſoit exprimé, *ibid.*
Prêt. Prêter ſur gage. *Voyez* Gage.
L'ordonnance de Moulins a lieu *in commodato*, ou prêt à uſage, 94
Du prêt civil & du prêt naturel, 660 & ſuiv. & 665
Du prêt à uſage, appellé *commodatum*, 667, 68 & 69
Preuve. Définition de la preuve, 5
Diviſion de la preuve en vocale, littérale, & muette, 5
Deux ſortes de preuves muettes, *ibid.*
Ce que c'eſt que la preuve littérale: deux conditions néceſſaires pour cette preuve, 804
Autre diviſion des preuves, en directe & indirecte, ou oublique, 9
Subdiviſion de la preuve indirecte en celle qui eſt néceſſairement véritable, celle qui n'eſt que vraiſemblable, & celle qui ne répugne pas, *ibid.*
Fruſtrà probatur quod probatum non relevat, 12
Deux conditions néceſſaires en une preuve; l'une, qu'elle ſoit légitime; l'autre qu'elle ſoit parfaite, 827
Preuves morales ne ſuffiſent pas en matiere criminelle; il en faut de phyſiques, 830
Preuve par témoins devenue ſuſpecte dans la ſuite des tems, 25
Uſage de la preuve par témoins chez les Juifs; en quel cas elle avoit lieu d'abord, 32
Forme obſervée à Athènes, au ſujet de la preuve par témoins, 34
Uſage de la preuve par témoins, emprunté des Grecs par les Romains, 35
Preuve par témoins, en matiere civile de grand uſage à Rome, *ibid.*
Deux conditions néceſſaires pour former une preuve teſtimoniale, 805
Preuves ſuperſtitieuſes, appellées *jugemens de Dieu*, ſous les deux premieres races, 39
Uſage de la preuve par écrit en France, 43
Si une partie peut ſe ſoumettre à la preuve par témoins, nonobſtant la prohibition de l'ordonnance? 69
Différence entre *inopiam & defectum probationum.* Sentimens des docteurs ſur ce ſujet, 73
Deux ſortes des preuves; l'une pleine, l'autre ſémi-pleine & imparfaite, 234
Subdiviſion de la preuve pleine & entiere en ſept eſpeces, & de la preuve ſémi-pleine en quatre autres, *ibid.*
La preuve par témoins n'eſt pas entiérement abrogée par l'ordonnance de Moulins, 272
Commencement de preuve par écrit, Voyez *Commencement.*
De la preuve par témoins en Flandres, 592
Preuve par témoins n'eſt reçue de la reconnoiſſance du créancier en jugement, 758
Preuve par témoins n'eſt reçue, que le créancier a reconnu en jugement que le débiteur ne lui devoit rien, *ibid.*
Uſage de Milan ſur la preuve par témoins des payemens, 764
De la preuve des actes de la procédure, *ibid.*
La juſtice ne décide de la vie des hommes, que ſur des preuves certaines, 811
Uſage d'Aragon pour la preuve des actes judiciaires, 330
Uſage de Milan ſur ce ſujet, *ibid.*
Preuve par témoins, reçue, ſi les procédures ont été perdues par cas fortuit, 291
S'il y a des ſémi-preuves, 82, *note*, & 825
Prix d'une acquiſition ſe peut-il prouver par témoins? 348
Procédures ne peuvent être prouvées par témoins, 329
Procès. Peu de procès chez les Juifs, 33
Procureur. Du procureur qui n'a point de charge par écrit, & qui eſt déſavoué par ſa partie, 352
Différence, ſelon Boiceau, entre les procureurs *ad lites*, qui ont ſerment à juſtice, & ceux des juriſdictions inférieures, 353
De la reſtitution des piéces par le procureur *ad lites*, 366
Cas particulier où la fin de non-recevoir de l'ordonnance de 1597 n'a pas lieu en faveur des procureurs, 367

Recherche dans l'étude d'un procureur n'eſt pas permiſe, 367
Du procureur *ad lites*, qui a outre-paſſé le pouvoir de ſa charge, 357
Des procureurs *ad negotia*, 258
Différence des procureurs qui poſtuloient à Rome, & des procureurs d'aprèſent, 360
La procuration ne duroit qu'un an autrefois en France, 361
Tous les procureurs *ad lites*, ayant ſerment à juſtice, ſont préſumés avoir eu charge, quand ils ont occupé pour une perſonne, 362
S'il ſuffit au procureur d'avoir l'exploit & les piéces, *ibid.*
Si la partie eſt recevable à prouver par témoins qu'elle a chargé un procureur pour elle, *ibid.*
Si la partie ſoutient que le procureur retient ſes piéces par fraude, 364
De deux procureurs dont l'un ſe trouve chargé des piéces, & l'autre a une procuration de la partie, *ibid.*
Révocation d'un procureur ſe doit prouver par écrit, 365
Procureur *ad negotia* doit juſtifier ſa procuration par écrit, 366
Promeſſe. Preuve de promeſſe de mariage, quoique clandeſtin, eſt recevable, enſuite d'une cohabitation entre deux perſonnes, ſuivant le ſentiment de Boiceau, 155
Eſpece ſur ce ſujet, *ibid.*
Queſtion, quand le débiteur a ajoûté au bas d'une promeſſe de deux cens livres *pour trois cens livres*, 606
Si on peut prouver par témoins que la cauſe légitime, qui eſt exprimée dans la promeſſe, n'y a point donné lieu, mais qu'elle a eu une cauſe illégitime, 619
Si une promeſſe eſt conçue pour la ſomme de trois cens, ſans ajoûter livres ou écus, *ibid.*
Si la ſomme pour laquelle eſt la promeſſe, eſt effacée, 620
Propres. Si les biens que l'homme poſſede, lui ſont réputés propres, ou acquêts, 517
Protocoles. Ce que l'on appelloit *protocoles* à Rome, 38
Explication de la novelle 44, qui défend de couper les protocoles des actes, *ibid.*
Pſallia; ce que c'eſt à Naples, 208
Purgation. De la purgation vulgaire & canonique, 39
La purgation vulgaire ſe faiſoit en ſix manieres, *ibid.*
Pourquoi la purgation par le combat avoit été introduite, 41, *note.*
Purgation canonique, *ibid.*

Q

Qualité. Des qualités accidentelles des choſes qui ſont demandées en juſtice, 516
De la preuve de la qualité de propres & d'acquêts, *ibid.*
De la preuve par témoins de la qualité des biens propres ou acquêts, 537 & ſuiv.
Des propres & immeubles fictifs, *ibid.*
Quæſitores. Juges nommés *quæſitores* & *cognitores*, qui recevoient à Rome les dépoſitions des témoins en matiere criminelle, 35
Quaſi-contrats. Des quaſi-contrats & obligations qui procedent de délit & quaſi-délit, & des actes faits en jugement & hors jugement, 286
Un quaſi-contrat ne ſe rédige point par écrit; ainſi l'ordonnance de Moulins n'y a pas lieu, 287
Quaſi-delit. Le délit & quaſi-délit ſe réglent par mêmes maximes, 288
De la preuve par témoins des quaſi-délits, 309
Quarta. Ce que c'eſt que *quatra* ou *quarta* à Naples, 208
Quittances. Des quittances ſans réſerve, 390 & 394, *note.*
La préſomption de payement des années précédentes n'a lieu, en faveur de celui qui rapporte des quittances des dernieres années, que lorſque les arrérages précédens ſont dûs à la même perſonne, 391, *note.*
Autre exception, lorſque le créancier juſtifie de quelque raiſon pour laquelle il a reçu les nouveaux arrérages avant les anciens, *ibid.*
Quid d'une quittance de trois années conſécutives, payées par un ſeul payement, *ibid.*
De celui qui rapporte quittance des trois dernieres années des droits publics, 395; & des dernieres années d'une rente, ou cens, *ibid.*

Si le débiteur rapporte des quittances du créancier, & que le créancier n'y ait point exprimé le titre de la dette, 420

Quid, ſi le créancier a mis la décharge du débiteur ſur ſon regiſtre, ou que le débiteur ait fait une délégation en ſa faveur, ou un tranſport ſimulé, *ibid.*

Queſtion, quand la quittance & le borderau ne ſont point conformes, 607

Des quittances. Si la preuve par témoins en eſt admiſſible. Diſtinction ſur ce ſujet, 743

Différence entre le créancier & le débiteur, à Bologne, au ſujet de la preuve de l'obligation ou de la quittance verbale, 763

R

Rapt. Précautions de l'ordonnance de Blois pour prévenir le crime de rapt. Réglemens ſur ce ſujet, 147 & ſuiv.

Rationes. Explication du mot *rationes*, 691

Raviſſeurs. Voyez *Mariage.*

Recélés. De la preuve des recélés, 236 & 312

Réconduction. Du privilége de la réconduction, 410

La preuve de la tacite réconduction dépend de celle du fait que le locataire a continué d'occuper, 412, *note.*

Preuves contraires à la tacite réconduction, *ibid.*

Reconnoiſſance. Voyez *Teſtament.*

Deux ſortes de reconnoiſſances, *ex certâ ſcientiâ & in formâ communi*, 430, *note.*

Différence entre la reconnoiſſance faite dans un teſtament, & celle faite dans une obligation ordinaire, 460, *note.*

S'il y a reconnoiſſance par écrit qu'il eſt dû des arrérages d'une rente, 391

Regerendarii. Voyez *Actuarii.*

Regiſtres & papiers domeſtiques font-ils foi de ce qu'ils contiennent, 720

Les regiſtres publics n'empêchent pas qu'on ne ſoit admis à prouver même qu'une perſonne eſt née long-tems auparavant qu'elle a été baptiſée, 768

Origine des regiſtres publics remonte à la plus haute antiquité, 769

Deux cas d'exception à la régle générale de la preuve des regiſtres; le premier qu'il n'y ait pas de regiſtres, ou que les regiſtres ſoient perdus; le ſecond, que les regiſtres contiennent fauſſeté, 771 & ſuiv.

Réhabilitation à la nobleſſe ſe doit prouver par écrit, 559

Remiſe. De l'obligation entre les mains du débiteur, doit-elle faire préſumer la remiſe de la dette, 384

Remiſe de la groſſe au débiteur n'emporte aucune préſomption de payement, 386, *note.*

La remiſe du gage ſuppoſe-t-elle celle de la dette, 387

La remiſe de l'obligation emporte-t-elle la décharge du gage, *ibid.*

Rentes. Des rentes féodales, 542

Dans le doute une rente doit-elle être plutôt préſumée rachetable, que non rachetable, 540

Reſtreindre. Si on peut ſe reſtreindre en cauſe d'appel, quand on ne s'eſt pas reſtreint en cauſe principale, 415

Si celui à qui il eſt dû plus de cent livres, & qui n'en a point de preuve par écrit, peut ſe reſtreindre à cent livres pour obtenir la preuve, *ibid.*

Res inter alios acta, alteri nec nocet nec prodeſt. Diſtinction de cette régle, 581

Retrait. Du retrait lignager ſimulé, 215

Eſpece rapportée par Baſnage, dans le cas d'un retrait, dans la Coutume de Normandie, 344

Différentes queſtions ſur la preuve par témoins en cas de retrait ſimulé, 344 & ſuiv.

Si la preuve par témoins eſt recevable, quand on articule que le contrat de vente de l'héritage propre n'eſt point ſérieux, 347

Si le vendeur eſt un témoin ſuffiſant de la fraude, *ibid.*

Si, quand la vente de l'héritage propre a été faite ſans écrit, la preuve par témoins du prix eſt recevable.

Du cas de la répétition, ou retrait, en la Coutume d'Anjou & du Maine, 348 & ſuiv.

Quid, dans les autres Coutumes qui n'en parlent point, *ibid.*

Article 384 de la Coutume du Maine, au ſujet du retrait, *ibid.*

Article 164 de la Coutume de Troye au ſujet du retrait, *ibid.*

Réunion. De la preuve de la réunion des terres en cenſive au fief, 546

Révocation. Voyez *Testament.*
Roturier. Dans le doute une terre est-elle plutôt présumée noble que roturiere, 541

S

Salaires. Des salaires des serviteurs, 704
Usage du pays de droit écrit.
Sceau. Le sceau des parties ne rend point l'écriture authentique, 720
Scellé. Voyez *Cachet.*
Sceaux. Voyez *Acte.*
Schœda. Voyez *Nota.*
Sentence. Si le juge qui a appointé les parties à faire preuve, peut rétracter sa sentence, 68
Distinction sur ce sujet, *ibid.*
Sentence interlocutoire peut être révoquée par le juge qui l'a prononcée; *aliter* de la définitive, *ibid.*
Séparation. Si la séparation de biens entre conjoints se peut prouver par témoins, 198
La preuve par témoins est nécessaire pour faire ordonner entre conjoints la séparation de biens, 200
Et la séparation de corps, *ibid.*
Sépulture. Comment l'ordonnance veut que la preuve en soit faite, 776
Décès des soldats; comment se constate, *ibid.*
Serment. Trois especes de serment, 76, *note.*
Le serment fait-il preuve, *ibid.*
Dans quel cas peut-on admettre cette preuve, *ibid.*
On ne peut le déférer que sur ce qui est du propre fait de la partie, *ibid.* 77
Celui à qui le serment a été déféré doit le faire, ou le déférer, *ibid.*
Cas où il ne peut le référer, *ibid.*
Il résulte du serment décisoire une présomption *juris & de jure*, *ibid.*
Exceptions, *ibid.*
Abus que les ecclésiastiques ont fait de cette espece de preuve, 41, *note.*
Il faut une preuve par écrit pour détruire le serment, 78
Juramentum affectionis n'a pas lieu chez nous, 79
La preuve par témoins peut-elle être admise contre le serment de celui qui a été interrogé sur faits & articles, 81
Le serment peut être déféré, nonobstant l'article 19 de l'édit perpétuel, 72
Suivant deux déclarations du roi d'Espagne, *ibid.*
Autorités rapportées par Anselmo sur ce sujet, *ibid.*
Quand le serment peut être déféré par le juge, faute de preuve, 73
Péréfius opposé à Donellus & à Duarem sur l'explication de ces mots, *dubiis causis* de la loi, concernant la délation du serment, 74 & suiv.
Si le serment peut toujours être déféré quand la preuve n'est pas admissible, comme à l'égard des marchands, après un an ou six mois, & à l'égard des salaires, ou gages des serviteurs, *ibid.*
Différence entre le serment volontaire & le serment nécessaire, *ibid.*
Si après le serment prêté, la preuve par témoins est recevable. Distinction sur ce sujet, 77
Du serment *in litem*, déféré par le juge, 78
Si le juge, après avoir déféré le serment *in litem*, peut ne le pas suivre, & décharger le défendeur de sa demande, 79
Si la preuve par témoins est recevable contre celui qui a affirmé sur une saisie faite entre ses mains, 80
Distinctions sur ce sujet.
Si sur la déposition d'un seul témoin on peut déférer le serment, 82
Autres questions concernant le serment, renvoyées au chap. 11, qui traite du retrait, 83
Le serment *in litem*, déféré au voyageur, 115. *Quid* du messager, 116
Article 264, tit. 14 de la Coutume d'Orléans, au sujet du serment déféré par le marchand créancier à son débiteur, 698
Servitude. Voyez *Destination.*
Sévices. Quels sévices doivent être prouvés pour opérer la séparation de corps, 312
Les sévices ne sont pas les seules causes de séparation d'habitation, 201, *note.*
De la preuve des sévices du mari contre la femme, 311
Signature. Voyez *Actes.*
La signature est-elle toujours nécessaire pour qu'un acte fasse foi, 580, *note*, 604, 718

Difference entre *signa imponere, & titulos imponere*, 107
Signe équivoque ne forme jamais un indice indubitable, 652
Définition du signe, 236
Explication de la maxime, *Cui signum competit, ei & signatum competere*, 106
Si ce qui eſt écrit au-deſſous de la ſignature, y eſt compris, 598
Simonie ſe peut-elle prouver par témoins, 310, *note.*
Simulation. Voyez *Contrat.*
Uſage de la province d'Artois, au ſujet de la preuve des contrats frauduleux & ſimulés, 257
Simulation d'un bail à rente ſe peut-elle prouver par témoins, 346
Société. Si une ſociété tacite ſe peut prouver par témoins, 202
Le titre 4 de l'ordonnance de 1673, qui défend la preuve teſtimoniale des ſociétés, ne regarde pas les ſeuls marchands, 201
Comment ſe diſſout la ſociété, & comment ſe fait la prevue de ſa diſſolution, 206, *note.*
Si la preuve par témoins de la diſſolution de la ſociété eſt admiſſible, *ibid.*
Des ſociétés univerſelles de tous biens, 206
Société tacite préſumée entre marchands qui ſe mêlent de la même marchandiſe, 709
Soldat. Comment ſe conſtate le décès des ſoldats, 776
Solertia. Voyez *Dol.*
Souſtraction. De la preuve de la ſouſtraction des titres. Arrêts ſur ce ſujet, 433
Article 588 de la Coutume de Normandie, au ſujet de la perte du titre de propriété, 434
Sponſalitia. Ce que l'on appelle *ſponſalitia*, à Naples, 208
Sponſio. Ce que c'étoit que *ſponſio judicialis*, 304
Définition de la gageure, *ibid.*
Stabularii. Voyez *Nautæ.*
Subornation. Voyez *Teſtament.*
Suggeſtion. Voyez *Teſtament.*
De la preuve des ſuggeſtions, 499
Superficiaires. De la poſſeſſion des loges & boutiques ſuperficiaires dans les palais des princes, ou lieux publics, 519
Des loges & boutiques proche les palais des princes, appellées *ædes ſuperficiariæ*, 540
Superſtites. Voyez *Teſtament.*
Suppreſſion d'un teſtament peut-elle ſe prouver par témoins, 491
Suppoſition. Du fait de ſuppoſition d'un teſtament.
Suſcription Voyez *Ecriture.*
Suſpicion. Définition de de la ſuſpicion, 237
Syngraphum, 599

T

TABELLIONS. Création des tabellions, & leurs fonctions; & des gardes-notes, 47
Tablettes Des tablettes de cire & de bois, 717
Talion. Voyez *Faux.*
Trapezitæ. Voyez *Argentarii.*
Témoins. Autorité de la preuve par deux ou trois témoins, & qu'elle étoit préférée à celle qui réſulte des actes par écrit, 19
Quelle différence le juge doit faire entre les dépoſitions des témoins par rapport à leur dignité, leur richeſſe, &c. 23
Facilité de ſuborner la ſubornation des témoins, *ibid.*
Juſtinien s'eſt plaint, de ſon tems, de la même corruption, 26
Du peu d'état qu'on faiſoit, à Rome, du tems de Cicéron, de la dépoſition des témoins, 29
Des différens noms & qualités des témoins, *ibid.*
Teſtes aſſidui, proletarii, capite cenſi diobolares, conducti, redempti, ſuperſtites, antiſtites, idonei, inteſtabiles, omni exceptione majores. Claſſici, coacti, fortuiti, advocati, reprobatorii, 30 & ſuiv.
Le témoin doit connoître la partie contractante, 48
Preuve par témoins, plus eſtimée en France, que celle par écrit, 49
En Flandres la preuve par cinq témoins a été défendue, 85
Un ſeul témoin en matiere criminelle fait une ſémi-preuve; ce qu'il faut pour cela, 588
Si le témoin n'a pas lui-même vu & entendu ce dont il dépoſe, ſa dépoſition ne fait pas une preuve, 805 & ſuiv.

Il doit être, à l'égard des choſes dont il eſt témoin, ce que la glace d'un miroir eſt à l'égard des choſes qu'elle repréſente, *ibid.*
Preuve par témoins ne ſuffit, lorſqu'il s'agit de ſçavoir ſi telle écriture eſt de telle perſonne, 822
Expédient dont on uſe à Naples & à Milan pour contrevenir aux ſtatuts qui défendent la preuve par témoins, 86
Du nombre & des qualités requiſes par notre juriſprudence actuelle dans les témoins, & de la maniere de procéder à la preuve teſtimoniale, 50
Un ſeul témoin fait-il une ſémi-preuve, 82, *note.*
Preuve teſtimoniale ayant été admiſe par le premier juge, dans un cas où elle eſt défendue par l'ordonnance, doit être rejettée, encore que la partie n'eût point interjetté appel de l'appointement à faire enquête, & eût fait ſon enquête, 65
Preuve par témoins, excluſe lorſque la ſomme excede cent livres. Voyez tout le Chap. I.
Excluſe contre, & outre le contenu aux actes, encore que la ſomme ſoit moindre de cent livres, 238, *note.*
Même par rapport aux actes privés, *ibid.*
Exception, *ibid.* 239; autre, 240
La preuve par témoins n'eſt pas admiſe, quand il s'agit de l'interprétation d'une Coutume, *ibid.*
Faux témoins. *Voyez* Faux.
Terriers font-ils foi, 719, *note.*
Teſſeræ frumentariæ, veſtiariæ, agrariæ, 729
Teſſeræ hoſpitalitatis, *ibid.*
Theſmothetæ. Voyez *Archontes.*
Teſtamens. Dans les teſtamens des princes on appoſoit le ſceau des témoins, en France, 48
Teſtament. *Voyez* Suppoſition, Suppreſſion, Suggeſtion.
Teſtament. *Voyez* Legs.
Il ne ſuffit pas que le teſtament ſoit énoncé dans un acte; il faut qu'il ſoit rapporté, 453
Le teſtament étant nul ne fait aucun degré de preuve, 270
De la preuve de la ſouſtraction d'un teſtament, 425
Des teſtamens, codicilles, donations à cauſe de mort, & autres actes de derniere volonté, 438
Subornation plus à craindre dans les teſtamens. Exemple ſingulier, 441
Le teſtament noncupatif n'eſt pas reçu en Poitou, 442
La nouvelle ordonnance autoriſe les teſtamens noncupatifs; mais de quelle ſorte, 483
Forme du teſtament ſolemnel à Rome, *ibid.*
Si le teſtament, en tems de peſte, en tems de guerre, ou quand il eſt fait en un lieu où il n'y a ni curé ni vicaire, eſt diſpenſé des ſolemnités de la Coutume, 445
L'article 54 de l'ordonnance de Moulins a été étendu aux teſtamens, par les arrêts, 453, 471
De la reconnoiſſance portée dans un teſtament d'une dette par le teſtateur, 454
Quid, quand cette reconnoiſſance eſt faite au profit d'une perſonne prohibée, 455
Quid, en droit Romain, *ibid.*
Sentiment de M. Ricard ſur cette queſtion, 456
Diſtinction des docteurs: ſi la déclaration par le teſtateur qu'il doit a été acceptée ou non, 457 & ſuiv.
Déclaration par le teſtateur, dans ſon teſtament, qu'il doit une ſomme, *ibid.*
Si la reconnoiſſance d'une dette faite par le teſtateur pour la décharge de ſa conſcience, peut être révoquée par un ſecond teſtament, *ibid.*
Si le teſtateur, revenu en ſanté, dénie & révoque ſa propre reconnoiſſance, *ibid.*
De la déclaration du teſtateur, qui va à la libération d'un tiers, 460
Si la preuve par témoins de la capacité d'eſprit du teſtateur eſt licite, notamment quand le notaire a exprimé que le teſtateur étoit ſain d'entendement, 461
Sentiment de Jaſon, de Balde, de Bénédictus, Maſcardus, Hiéronymus Gratus, ſur cette queſtion. Réflexion ſur cette queſtion, 462 & ſuiv.
Si, quand le teſtament ne contient que des diſpoſitions ſages, la preuve par témoins de la démence du teſtateur eſt admiſſible, 469
Des bons intervalles de celui qui eſt en

démence. Du testament de *Tuditanus*, rapporté par Valere Maxime, &c. 470
Preuve que les solemnités, qui paroissent obmises dans un testament, y ont été observées, n'est pas recevable, 472
Il n'est pas non plus permis de prouver par témoins que les solemnités requises n'y ont pas été observées, lorsque le testament dit le contraire, 472 *note.*
Du testament du pere entre ses enfans, 473
Quelles formalités y sont requises, *ibid.*
Du testament noncupatif. S'il est reçu en pays coutumier? *Quid*, en pays de droit écrit, 475 & suiv.
Usage & arrêt en pays de droit écrit, sur les testamens noncupatifs, 478
Du testament mystique, 483, *note.*
La sagesse des dispositions contenues dans un testament empêche-t-elle qu'on ne puisse être admis à prouver par témoins, que le testateur n'étoit pas sain d'entendement, 469 & suiv.
Combien la fraude & la suggestion sont à craindre dans un testament, 481 & suiv.
Les legs pieux sont-ils traités avec plus de faveur, 485
Une condition impossible, apposée dans un testament, ne le rend pas nul, 10, *note.*
Des testamens faits en tems de peste, 485 & suiv.
Des testamens militaires, 488
Si on peut prouver par témoins le fait de suppression d'un testament, 491 & suiv.
Si on est reçu à prouver que le testateur a été empêché de tester, 496
De la suggestion, lors ou avant le testament, 499
Comment il faut prouver que le testateur a été empêché de tester, 507 & suiv.
Le testament qui a été reçu par un notaire hors son ressort ne vaut ni comme acte public, ni comme convention particuliere, 624, *note.*
A Bologne en Italie, la preuve par témoins d'une disposition de derniere volonté est défendue, 513
Testamens mutuels abrogés, 497, *note.*
Si un testament nul & imparfait est un commencement de preuve par écrit de la volonté du testateur, 514
Titres. Des titres effacés & corrompus, 422
Deux sortes de titres, les primordiaux & les récognitifs; deux sortes de récognitifs, & quels sont les effets de chacune, 430, *note.*
Tradition. Dans les marchés qui se consomment par la tradition, la preuve par témoins peut, ce semble, être admise. Qu'elle ne doit néanmoins y avoir lieu, 274
Espece particuliere sur ce sujet, 276

V

Vente. Comme on doit entendre cette maxime de droit, qu'il est permis de se tromper dans les contrats de vente, 230
Sentiment de Dumoulin, *ibid.*
Ventes imaginaires en usage à Rome, du tems de l'empereur Gordien, 228
De la promesse de vendre, 734
Promesse verbale de vendre; si elle se peut prouver par témoins, 740
Verbale. (Disposition) Opinion de Joan. Romelius, qui soutenoit que l'édit perpétuel n'avoit point défendu la preuve des conventions verbales, condamnée par deux placards des archiducs, 72
Preuve des dispositions verbales de derniere volonté, ne doit être reçue, 443
Preuve par témoins d'une disposition verbale.
Vérité de principe, 4
Vérité de fait, *ibid.*
Veritas juris ex veritate facti, 244
Vin. Différence à Rome, *inter vinum doliare & vinum diffusum*, 106
Violence. Voyez *Force.*
Union de bénéfices ne se prouve par témoins, 435
Vœux. Formalités nécessaires dans l'acte d'émission de vœux, 778
Voies de fait. Les moindres voies de fait sont défendues en France, 183
Voiturier. Du simple voiturier volé dans une hôtellerie, 117
Si les simples voituriers sont des dépositaires nécessaires, *ibid.*
Voleur Voyez *Dépôt.*

Si le vol a été fait par les domeſtiques de l'hôte, 114
Des marchandiſes en ballots, qui ont été volées, 116
Volonté. Si l'erreur de la derniere volonté ſe peut prouver par témoins, 509
Vraiſemblance. Il n'y a pas d'argument plus foible que la vraiſemblance, 815
Uſure. Voyez *Contrat de conſtitution.*
Si l'incertitude de l'événement rend la convention uſuraire, 306
Toute ſorte de preuve admiſe contre l'uſure, 649
Uſures dûes aux argentiers ſans ſtipulation, 686
De la preuve de l'uſure, 762

Fin de la Table des Matieres.

ADDITION ET CORRECTIONS.

PAGE 16, ligne 10, d'une incendie, *liſez* d'un.
Page 19, ligne 24, nouvelle, *liſez* Novelle.
Page 23, ligne 11, ſon, *liſez* ſont.
Ibid. ligne 44, *numeri*, liſez *muneri.*
Page 101, *note*, ſeconde col. ligne 1ere, troiſieme, *liſez* ſecond.
Ibid. ligne 3, 1764, *liſez* 1664.
Page 132, *à la note*, *au bas de la page*, *ajoûtez* : Le nouveau Commentateur de l'ordonnance de 1667, aux Additions qui ſont à la fin du ſecond Volume, page 847, penſe de même à ce ſujet. Voyez-le.
Page 158, ligne 30, *ſacrificio*, liſez *ſacrifico.*
Page 170, ligne 14, *fractum*, liſez *factum.*
Page 186, *note*, premiere col. ligne 11, 1519, *liſez* 1719.
Page 195, ligne 19, confirmation, *liſez* conformation.
Page 200, ligne 24, donner, *liſez* ordonner.
Page 233, *note*, premiere col. ligne 5, doive, *liſez* doit.
Page 234, ligne 9, qui, *liſez* qu'il.
Page 267, ligne 37, autre, *liſez* acte.
Page 289, ligne 5, les, *liſez* ces.
Page 292, ligne 36, *Turodes*, liſez *Turones.*
Page 297, ligne 31, *après* permiſe, *ſupprimez le point.*
Page 330, ligne 33, en cas, *liſez* en ce cas.
Page 333, ligne 35, *dededit*, liſez *debebit.*
Page 404, ligne 29, *unâ*, liſez *una.*
Page 405, ligne 7, *après* ſéparées *mettez deux points.*
Ibid. ligne 30, avant *cùm*, mettez une virgule.
Page 435, ligne 12, prouvé, *liſez* prouvée.
Page 444, ligne 32, après *prælegaſſet*, mettez une virgule.
Ibid. ligne ſuiv. avant *ità*, ſupprimez les deux points.
Ibid. ligne 34, *prælegato*, liſez *legato.*
Page 448, ligne 16, capacité, *liſez* incapacité.
Page 455, ligne 34, *après* teſtament, *mettez une virgule.*
Page 466, ligne 14, ce ſtyle, *retranchez* ce.
Page 470, ligne 24, avec raiſon, *entre deux virgules.*
Ibid. ligne 33, *longum*, liſez *Longum.*
Page 472, *note*, col. premiere, ligne 12, en a faite, *liſez* en a été faite.
Page 507, ligne 7, *fierint*, liſez *fuerint.*
Page 522, ligne 39, *ſit*, liſez *ſit.*
Page 527; ligne 33, après *antiquam*, ajoûtez ;
Page 533, *en marge*, ligne 10, *quædrion*, liſez *Quadrien.*
Page 550, ligne 23, def. 47, *liſez* deciſ.
Page 582, ligne 17, ce, *liſez* de.
Page 598, ligne 21, *après* faire partie, *mettez deux points.*
Page 626, *note*, col. 2, ligne 21, ette, *liſez* être.
Page 638, ligne 31, *eum*, liſez *eam.*
Page 651, *à la marge*, ligne 4, *quiennii*, liſez *quinquennii.*
Page 696, ligne 35, *quanto*, liſez *quando.*
Page 761, ligne 17, qu'il l'a, *liſez* qu'il la.
Page 766, ligne 5, & a procureurs, *liſez* & à nos procureurs.
Page 771, *note*, premiere col. ligne 2, font foi, *liſez* font ſeuls foi.
Page 785, ligne 9, *après* je ne, *ajoûtez* les.
Page 787, ligne 15, celle-ci, *liſez* celles-cy.
Ibid. *même ligne*, ſes, *liſez* ces.
Page 792, ligne 9, écrite, *liſez* écrit.
Page 835, ligne 19, contation, *liſez* confrontation.
Page 836, ligne 5, ſa, *liſez* la.

APPROBATION.

J'Ai lu, par ordre de Monſeigneur le Chancelier, une nouvelle Edition du *Traité de la Preuve par Témoins*, *par* BOICEAU & DANTY, avec de nouvelles Notes de M. *** Tout le monde connoît le mérite de ce fameux Traité : les nouvelles Notes m'ont paru bien faites, & capables d'augmenter l'utilité de cet Ouvrage. A Paris, ce 20 Avril 1769.

Signé ROUSSELET.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE : A nos amés & féaux Conſeillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans civils, & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra ; SALUT. Notre amé PHILIPPE VINCENT, Imprimeur-Libraire, Nous a fait expoſer qu'il deſireroit faire réimprimer & donner au Public le *Traité de la Preuve par Témoins*, *par Danty*, s'il nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de renouvellement de Privilége pour ce néceſſaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Expoſant, Nous lui avons permis & permettons par ces Préſentes de faire imprimer ledit Ouvrage autant de fois que bon lui ſemblera, & de le vendre, faire vendre & débiter par tout notre Royaume, pendant le tems de ſix années conſécutives, à compter du jour de la date des Préſentes. Faiſons défenſes à tous Imprimeurs, Libraires, & autres perſonnes, de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun lieu de notre obéiſſance ; comme auſſi d'imprimer, ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun extrait, ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Expoſant, ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts. A la charge que ces Préſentes ſeront enregiſtrées tout au long ſur le Regiſtre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles ; que l'impreſſion dudit Ouvrage ſera faite dans notre Royaume, & non ailleurs, en bon papier & beaux caracteres, conformément aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725 ; à peine de déchéance du préſent Privilége qu'avant de l'expoſer en vente, le Manuſcrit, qui aura ſervi de copie à l'impreſſion dudit Ouvrage, ſera remis dans le même état où l'approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier Garde des Sceaux de France, le ſieur DE MAUPEOU ; qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothèque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle dudit ſieur DE MAUPEOU ; le tout à peine de nullité des Préſentes. Du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Expoſant & ſes ayans cauſe, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie

des Préſentes, qui ſera imprimée tout au long, au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenue pour dûement ſignifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conſeillers-Secrétaires, foi ſoit ajoûtée comme à l'Original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis, de faire, pour l'exécution d'icelles, tous actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires: CAR tel eſt notre plaiſir. DONNÉ à Paris, le quatorzieme jour du mois de Décembre, l'an de grace mil ſept cent ſoixante-huit, & de notre Regne le cinquante-quatrieme. Par le Roi en ſon Conſeil.

Signé LE BEGUE.

Regiſtré ſur le Regiſtre XVII de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N° 419, *Fol.* 624, *conformément au Réglement de* 1723. *A Paris, ce* 23 *Février* 1769.

Signé *BRIASSON, Syndic.*

GretagMacbeth™ ColorChecker Color Rendition Chart